

KARTELLRECHTLICHE PROBLEME DER NATIONALEN UND INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTBARKEIT

INAUGURALDISSERTATION

Zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von:
NIKOLAUS LORENZ
aus Dortmund

1986

**KARTELLRECHTLICHE PROBLEME DER NATIONALEN
UND
INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTSBARKEIT**

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grads eines Doktors der
Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von:

Nikolaus Lorenz

aus

Dortmund

1986

Referent: Prof. Dr. Otto Sandrock, LL.M. (Yale)
Koreferent: Prof. Dr. Heinrich Dörner
Dekan: Prof. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 15. Mai 1986

LITERATURVERZEICHNIS

- Altenmüller Die schiedsrichterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten
Tübingen 1973
- Baumbach/Lauterbach/
Albers/Hartmann Zivilprozeßordnung, Kommentar
42. Aufl. München 1984
- Baumbach/Schwab Schiedsgerichtsbarkeit
Systematischer Kommentar
2. Aufl. München, Berlin 1960
- Baumgärtel Wesen und Begriff der Prozeß-
handlung einer Partei im Zi-
vilprozeß.
Berlin und Frankfurt 1957
- Baur Neuere Probleme der privaten
Schiedsgerichtsbarkeit
Berlin/New York 1980
- ders. Der schiedsrichterliche Ver-
gleich
München 1971
zitiert: Baur "Vergleich"
- BEGR. 1952 Regierungsbegründung zu dem
Entwurf eines Gesetzes gegen
Wettbewerbsbeschränkungen, BT
Drucks. II/1158 nach Anl. I.
- BEGR. 1962 Begründung zum Entwurf eines
Gesetzes über Verwertungsges-
ellschaften auf dem Gebiet
des Urheberrechts [Verwer-
tungsgesellschaftengesetz]
- BEGR. 1971 Entwurf eines Zweiten Geset-
zes zur Änderung des Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkun-
gen
BR-Dr 265/71
- BEGR. 1978 Begründung zum Entwurf eines
Vierten Gesetzes zur Änderung
des Gesetzes gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen
BT Drucks. 8/2136
- Belke Gerichtliche Nachprüfbarkeit
von Schiedssprüchen auf Ver-
stöße gegen EWG-Kartellrecht
AWD 1969, S. 214

- Bernhardt Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge
Köln, Berlin 1963
- Bertheau Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni '58 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche,
Zürich 1965
- Blomeyer Zivilprozeßrecht Erkenntnisverfahren
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
- Böckstiegel Schiedsgerichte und staatliche Gerichte
Neue Entwicklungen und Folgerungen für Vertrags- und Schiedsgerichtspraxis
RIW 1979, S. 161
- Brox Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
Köln, Berlin, Bonn, München 1976
- Brücher Vollstreckung und Sicherung der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
AWD 1967, S. 337
- Brunn, von Grundzüge des Kartellrechts
Berlin 1938
- Brunn, v. Zur Nachprüfbarkeit von Schiedssprüchen
NJW 1969, S. 823
(zit.: v. Brunn "Nachprüfbarkeit")
- Bucher Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Bülow Buchbesprechung über: Reinhard Münzberg, Die Grenzen der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit
ZZP Bd. 85 1972, S. 115
- Buhmann Das auf den internationalen Handelsschiedsvertrag anzuwendende nationale Recht unter besonderer Berücksichtigung der neueren multilateralen Konventionen.
Diss. Regensburg 1970

- Callmann Das deutsche Kartellrecht
Kommentar
Berlin 1934
- Cohn/Domke/Eisemann Handbook of Institutional
Arbitration in International
Trade
Amsterdam 1977
- Dörinkel Rezension von Meyer Cording
WuW 1957, S. 652
- Eisemann/Mezger/Schottelius Internationale Schiedsge-
richtsbarkeit in Handelssa-
chen
Frankfurt/Berlin 1958
(zit.: Verfasser in Eisemann,
Mezger, Schottelius)
- Erichsen/Martens Allgemeines Verwaltungsrecht
6. Aufl., Berlin/New York
1983
- Ernemann Zur Anerkennung und Voll-
streckung ausländischer
Schiedssprüche nach § 1044
ZPO
Bielefeld 1979
- Fouchard L'arbitrage international
commercial
Paris, 1965
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen und europäisches
Kartellrecht
7. Lieferung §§ 76-96 GWB
4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1984
(zit.: Verfasser in GK)
- ders. 6. Lieferung §§ 5-14 GWB
3. Aufl., Köln, Berlin, Bonn,
München 1974
(zit.: Verfasser in GK Vor-
auflage)
- ders. 2. Auflage 1963
(zit.: Verfasser in GK 2.
Aufl.)
- Gentinetta Befreiung der internationalen
Handelsschiedsgerichtsbarkeit
von der "nationalen Umklammer-
ung"
AWD 1969, S. 46 ff.

- Glossner Das Schiedsgericht in der Praxis
2. Aufl., Heidelberg 1978
- Gösmann Der Organisationszwang im Kartellrecht
Diss. Marburg 1931
- Goldschmidt Die philosophischen Grundlagen des IPR in: Festschrift für Martin Wolff S. 203
Tübingen 1952
- Grunsky Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar
4. Aufl., München 1981
- ders. Grundlagen des Verfahrensrechts
2. Aufl., Frankfurt a.M. 1974
(zit.: Grunsky "Grundlagen")
- Günther Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Kartellgesetz
DB 1969, S. 25
- Guldener Schweizerisches Zivilprozeßrecht
2. Aufl., Zürich 1958
- Habscheid Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit
KTS 1958, S. 177
- ders. Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit
KTS 1967, S. 1
- ders. Drei aktuelle Fragen des internationalen privaten Schiedsrechts.
Begriff des internationalen Schiedsverfahrens - zur Auslegung des Schiedsvertrages, insbesondere zur Frage der Kompetenz-Kompetenz - Die Unabhängigkeit der Schiedsrichter
KTS 1964, S. 25 ff.
- ders. Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Schiedsgerichtsbarkeit
KTS 1973, S. 232

- Heiseke Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille bei Willenserklärungen
MDR 1971, S. 355
- v. Heymann Der Ordre public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit
Bielefeld 1967
- Hexner International Cartels
Chapel Hill, North Carolina 1945
- Hoffmann, v. Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit
Frankfurt a.M./Berlin 1970
- v. Hülsen Die Gültigkeit von Internationalen Schiedsgerichtsvereinbarungen
Berlin 1973
- ders. Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren in Kartellsachen in den Vereinigten Staaten und Europa
RabelsZ 35, S. 133
(zit.: Schiedsverfahren in Kartellsachen)
- Immenga/Mestmäcker GWB-Kommentar
München 1981
- Jessen Schiedsverträge im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
BB 1960 S. 1117
- Jessen/Reimann/Zweigert Wirtschafts- und Verwaltungsrecht II
Abschnitt VIII
Kartellrecht
Köln, Berlin, Bonn, München 1965
- Kartellgutachten Gutachten des Vorsitzenden des Kartellgerichts über die kartellrechtliche Zulässigkeit von Schiedsgerichtsabreden
KartR 1925, S. 595
- Kestner Der Organisationszwang
Eine Untersuchung über die Kämpfe zwischen Kartellen und Außenseitern
Berlin 1912

Kestner/Lehnick	Der Organisationszwang 2. Aufl. Berlin 1927
Kiersch	Internationale Eisen- und Stahlkartelle Essen 1954
Klein	Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963 Basel 1963
Köppel	Zur Frage der Verbands- schiedsgerichtsbarkeit Kartellrundschau 1941 S. 376 ff.
Kohler	Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft Diss. Berlin 1967
Kohler	Letztwillige Schiedsklauseln DNotZ 1962, 125 (zit.: Kohler Schiedsklauseln)
Kornblum	Nachprüfbarkeit kartellrechtlicher Schiedssprüche durch die ordentlichen Gerichte NJW 1969, S. 1793 (zit.: Kornblum "Nachprüfbarkeit")
Kornblum/v. Heymann	Zur Kontrolle kartellrechtlicher Entscheidungen privater Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte BB 1968, S. 1456
Kornmeyer	Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis ZJP 94, S. 27
Kornmeyer	Vergleichsbefugnis und Schiedsfähigkeit Göttingen 1982 (zit.: Kornmeyer Diss.)
Kroitzsch	Die Nachprüfbarkeit kartellrechtlicher Schiedssprüche durch die ordentlichen Gerichte GRUR 1969, S. 387

Kronstein	Das Recht der internationalen Kartelle zugleich eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entwicklung und Funktion der Rechtsinstitute im modernen internationalen Handel (zit.: Kronstein "Internationale Kartelle") Berlin 1967
Langen	Kommentar zum Kartellgesetz 4. Aufl., Darmstadt 1967
Langen/Niederleithinger/ Ritter/Schmidt	Kommentar zum Kartellgesetz 6. Aufl., Darmstadt 1982 (zit.: Langen)
Larenz	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts 6. Aufl., München 1983
Lehnic	Die Wettbewerbsbeschränkung Eine Grundlegung Köln, Berlin 1956
Lieberknecht	Kartellrechtliche Probleme in internationalen Schiedsgerichtsverfahren in: Festschrift für Arno Sölter Köln 1982
Lipps	Schiedsabreden in wettbewerbsbeschränkenden Verträgen BB 1965, 312
Maier	Ein Handbuch der deutschen und internationalen Schiedsgerichtspraxis Herne/Berlin 1979
Mailänder	Aktuelle Fragen des Kartellrechts in Verfahren vor den Kartellbehörden und Kartellgerichten
Markert	Internationale Kartelle und Rechtsordnung BB 1968, S. 221
Hahn-Materialien	Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877 2. Aufl., Berlin 1881 (zit.: Materialien)

Meinhardt	Die rechtliche Gestaltung internationaler Kartelle, insbesondere der Glühlampenvertrag RabelsZ Bd. 2 S. 460 ff.
Mezger	Das Europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit RabelsZ 1965, S. 231
ders.	Verstoß gegen die öffentliche Ordnung bei Beurteilung ausländischer Schiedssprüche NJW 1970, S. 368 (zit.: Mezger "Öffentliche Ordnung")
ders.	Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche. Zur Auslegung von § 1044 ZPO AWD 1970, S. 258
ders.	Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen von 1923 und 1927 RabelsZ 24, S. 222
Möhring	Die Nachprüfung kartellrechtlicher Entscheidungen von Schiedsgerichten durch die ordentlichen Gerichte NJW 1968, S. 369
Möschel	Recht der Wettbewerbsbeschränkung Köln 1983
Mok/Johannes	Schiedsgerichtsbarkeit und EWG-Vertrag AWD 1966, S. 125
Mühlensiefen/Dörinkel	Kartellrecht Berlin 1938
Müller/Gries/Gießler	Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2. und 3. Aufl., Frankfurt 1979
Müller/Gießler/Scholz	Wirtschaftskommentar Bd. 2 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1981
Müller-Henneberg/Schwartz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht Gemeinschaftskommentar 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963

- Münchener Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Band 1 Allgemeiner Teil (§§
1-240)
AGB-Gesetz
München 1978
(zit.: Verfasser in MK)
- Münzberg Die Schranken der Parteiver-
einbarungen in der privaten
internationalen Schiedsge-
richtsbarkeit
Berlin 1970
- Niederleithinger Aktuelle Grundsatzfragen des
Kartellrechts
1980
- Nagel Internationales Zivilprozeß-
recht für deutsche Praktiker
Münster 1980
- Neumayer Zur positiven Funktion der
kollisionsrechtlichen Vorbe-
haltsklausel
in: Festschrift für Dölle Bd.
II S. 179
Tübingen 1963
- Nußbaum Probleme des internationalen
Schiedsgerichtswesens
in: Internationales Jahrbuch
für Schiedsgerichtswesen in
Zivil- und Handelssachen, Bd.
1
Köln und Berlin 1926
- Oehler Wettbewerbsregeln als Instru-
ment der Wettbewerbspolitik
Marburg 1968
- Oertmann Schiedsrichter und staatli-
ches Recht
ZZP 47, S. 105
- Raape Internationales Privatrecht
5. Aufl., 1961
- Rasch/Westrick Kommentar zum Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen und
Erläuterungen zum europäi-
schen Kartellrecht.
3. Aufl., Herne, Berlin 1966

- | | |
|------------------|---|
| Rehbinder | Extraterritoriale Wirkungen
des deutschen Kartellrechts
Baden-Baden 1965 |
| Renggli | Die Grenzen der Parteifrei-
heit im internationalen pri-
vatrechtlichen Schiedsver-
fahren
Bern 1955 |
| Rosenberg/Schwab | Zivilprozeßrecht
13. Aufl., München 1981 |
| Roth | Der Vorbehalt des ordre pub-
lic gegenüber fremden ge-
richtlichen Entscheidungen
Bielefeld 1967 |
| Rüter | Zur Frage der Anerkennung und
Vollstreckung ausländischer
kartellprivatrechtlicher Ent-
scheidungen in den USA und
Deutschland
Diss. Münster 1970 |
| Sandrock | Handbuch der internationalen
Vertragsgestaltung Bd. 2
Heidelberg 1980
(zit.: Verfasser in Sandrock,
Handbuch Bd. 2) |
| Schill | Das internationale Schieds-
verfahrensrecht in Frankreich
aus der Sicht der Internatio-
nalen Handelskammer in Paris,
in: Schiedsgerichtsbarkeit in
Frankreich, Herausgeber:
Karl-Heinz Böckstiegel
Berlin, Bonn, München 1983 |
| Schlosser | Das Recht der internationalen
privaten Schiedsgerichtsbar-
keit
Tübingen 1975 |
| ders. | Entwicklungstendenzen in
Recht und Praxis der interna-
tionalen privaten Schiedsge-
richtsbarkeit
Karlsruhe und Heidelberg 1976
(zit.: "Entwicklungstenden-
zen") |
| ders. | Probleme der internationalen
Handelsschiedsgerichtsbarkeit
Die AG 1979, S. 237 ff.,
S. 278 ff. |

- Schwarz Die Kontrolle von Schiedssprüchen kartellrechtlichen Inhalts durch die staatlichen Gerichte
NJW 1969, S. 296 ff.
- Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung
19. Aufl., Tübingen 1975
- Steindorff Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit
WuW 1984, S. 189
- Stober Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit
NJW 1979, S. 2001 ff.
- Stumpf Schiedsgerichtsbarkeit und Verträge über wissenschaftliche, technische und Erfindungsarbeiten, insbesondere Verträge über den Gebrauch von Erfindungen, know-how etc.
AWD 73 S. 292
- TB 1961 Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1961 sowie über Lage und Entwicklung in seinem Aufgabengebiet
BT Drucks. 3/378
- TB 1967 Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1967
BT Drucks. 5/2841
- Tetzner Kartellrechtlicher Einleitfaden
München, Berlin 1967
- Thieme Die Anfertigung von rechtswissenschaftlichen Doktorarbeiten
1958
- Thomas/Putzo Zivilprozeßordnung
11. Aufl., München 1981

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Begr. 1952	Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucksache 1158/II
Begr. 1978	Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB BT-Drucksache 2136/8
EÜ	Das europäische Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961
GA	Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927 Reichsgesetzblatt 1930 II, S. 1068
GP	Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 23. September 1923 Reichsgesetzblatt 1925 II, S. 47
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
KartellR	Kartell-Rundschau Monatsschrift für Kartell- und Konzernwesen
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft, heute: AWD: Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
TB 1961	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1961 BT-Drucksache IV/378
TB 1967	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1967 BT-Drucksache V/2841
TB 1979/80	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für die Jahre 1979/80 BT-Drucksache 9/565

TB 1981/82	Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für die Jahre 1981/82 BT-Drucksache 9/2185
UNÜ	UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958, BGBl. 1961 II, S. 122
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift für Kartellrecht, Wettbewerbsrecht und Marktor- ganisation
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungs- sammlung.

GLIEDERUNG

Seite

A. Einführung	1
I. Schiedsverfahren	1
1. Nationale und internationale Bedeutung	1
a) IHK (Schiedsgerichtshof bei der Internationalen Handelskammer in Paris)	1
b) AAA (American Arbitration Association)	2
c) LCA (London Court of Arbitration)	2
d) Hamburger Freundliche Arbitrage	2
2. Vorteile	4
a) Vertrauen	4
b) Vollstreckbarkeit	5
c) Zeitfaktor	6
d) Diskretion und Sachkunde	7
II. Die besonderen Probleme der Kartellschiedsgerichtsbarkeit	8
1. Die klassische Kartellschiedsgerichtsbarkeit	8
2. Problemstellung heute	10
B. Kartellrechtliche Probleme bis zum Zustandekommen des Schiedsspruches nach deutschem Recht	13
I. Einfluß des GWB beim Zustandekommen von Schiedsklauseln und Schiedsverträgen	13
1. Problemstellung	13
2. Die objektive Schiedsfähigkeit kartellrechtlich relevanter Streitigkeiten	14

a) Begriffsbestimmung und Inhalt	14
b) Die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten	15
aa) § 91 GWB als Regelung der Schiedsfähigkeit ?	16
(1) § 91 GWB schränkt die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten ein	16
(2) § 91 GWB statuiert die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten	17
(3) § 91 GWB sagt zur Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten nichts	18
bb) Vergleichsberechtigung kartellrechtlicher Streitigkeiten nach allgemeinen Gesichtspunkten	21
(1) Trennung zwischen materieller und verfahrensrechtlicher Vergleichsberechtigung ?	21
(2) Gründe gegen eine Vergleichsberechtigung im Sinne des § 1025 I ZPO bei kartellrechtlichen Streitigkeiten	23
(a) Zwingende Normen regeln den Sachverhalt	23
(b) Für die betroffene Streitigkeiten besteht ein ausschließlicher Gerichtsstand	28
(c) Grundsätze bei Streitigkeiten mit fehlender Vergleichsberechtigung auf Kartellstreitigkeiten zutreffend?	36
c) Schiedsfähigkeit bei § 13 Abs. 1 GWB	43
d) Die Schiedsfähigkeit in den internationalen Vereinbarungen	46

	Seite
aa) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich vom GA, GP, UNÜ und EÜ	47
bb) Das Verhältnis der Abkommen zueinander	50
(1) GA-UNÜ	51
(2) GA-EÜ	51
(3) UNÜ-EÜ	51
cc) Schiedsfähigkeitsregelungen in den einzelnen Abkommen	52
dd) Auswirkungen der Schiedsfähigkeitsregelungen der Internationalen Vereinbarungen	61
(1) Bei der Zuständigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht	62
(2) Bei der Überprüfung der Schiedsfähigkeitsregelung im Einredverfahren	64
(a) § 1027 a ZPO	64
(b) GP, GA, UNÜ	65
(c) EÜ	67
(d) Auswirkungen des Art. 6 III EÜ auf die deutsche Kartellschiedsgerichtsbarkeit	72
(aa) Die Schiedsvereinbarung enthält keine Wahlmöglichkeit nach § 91 Abs. I GWB	78
(bb) Kein Aussetzen des Verfahrens bei wichtigem Grund	74
(cc) Die Schiedsvereinbarung enthält eine Wahlklausel nach § 91 Abs. I GWB	80
(e) Dominanz des EÜ	80

(3) Bei Aufhebungsklage vor dem staatlichen Gericht	82
(4) Im Vollstreckungsverfahren	83
(a) Die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 II Nr. 1 ZPO	84
(b) Die Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 II Nr. 2 ZPO	88
(5) Bei einem Mitwirkungersuchen an ein staatliches Gericht	88
(a) Gesetzlich geregelte Möglichkeiten	88
(b) Überprüfungspflicht der Schiedsvereinbarung durch deutsches Gericht ?	89
e) Mangelnde Schiedsfähigkeit internationaler Kartellstreitigkeiten gem. § 96 I GWB ?	95
aa) Die These Altenmüllers	95
bb) Auslegung des § 96 I GWB	97
3. § 91 I Satz 1 GWB	101
a) Schiedsverträge	101
b) Die in § 91 I Satz 1 GWB genannten Streitigkeiten	102
c) Zusammenhang zwischen der Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 1 GWB und dem Gesetzeszweck des § 91 GWB	103
aa) Das funktionale Verständnis des § 1 GWB	103
bb) Die kartellorganisationsrechtliche Zielsetzung des § 91 GWB	105

	Seite
(1) Die Situation vor dem GWB	105
(2) Begründung für § 91 GWB	110
cc) Rechtsunsicherheiten bei internationalen Austauschverträgen	113
4. Vereinbarkeit des § 91 I Satz 1 GWB mit dem Völkerrecht	118
a) Differenzierung zwischen Schiedsverein- barungen über künftige und über bereits entstandene Streitigkeiten	118
b) § 91 I Satz 1 GWB ist keine generelle Ein- schränkung der Dispositionsbefugnis	120
5. § 91 I Satz 2 GWB	123
a) Anwendbarkeit und Regelungsinhalt	123
b) Erlaubniserteilung durch das Bundes- kartellamt	127
aa) Verfahren und Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung	127
bb) Rechtsfolgen bei fehlender Erlaubnis	130
6. Folgen der fehlenden Wahlklausel	131
a) Rechtsfolge	131
b) Einlassung im schiedsrichterlichen Haupt- verfahren	131
c) Wahlrechtsausübung in bestimmter Frist?	137
7. Form des Schiedsvertrages	139
a) Regelung des §§ 1027 II ZPO, 91 II GWB	139
b) Einfluß der internationalen Vereinbarungen	141

II. Einfluß des GWB während des Schiedsverfahrens	142
1. § 90 GWB	142
2. § 96 II Satz 1 GWB	146
C. Kartellrechtliche Probleme des Verfahrens vor dem staatlichen deutschen Gericht	148
I. Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO	148
1. Anwendbarkeit des § 1041 ZPO	148
2. § 1041 I Nr. 1, 1. Alternative ZPO: Ungültiger Schiedsvertrag	149
a) Frage nach dem anwendbaren Recht	149
b) Kompetenz-Kompetenz	150
3. § 1041 I Nr. 1, 2. Alternative ZPO: Unzulässiges Verfahren	151
4. § 1041 I Nr. 2 ZPO: Verstoß gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung	152
a) Bedeutung der gesetzlichen Formulierung "Anerkennung des Schiedsspruches"	152
b) Der Begriff der "öffentlichen Ordnung"	153
c) GWB als Teil der "öffentlichen Ordnung"	155
II. Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 ZPO	159
1. Ausländischer Schiedsspruch	159
2. Verbindlichkeit	160
3. Rechtsunwirksamkeit des Schiedsspruches nach § 1044 II Nr. 1 ZPO	160
4. Rechtsunwirksamkeit des Schiedsspruches nach § 1044 II Nr. 2 ZPO	162

A. Einführung

I. Schiedsverfahren

1. Nationale und internationale Bedeutung

Die Bedeutung der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wächst¹⁾. Diese Art der privatrechtlichen Streitbeilegung erlebt seit Ende des Zweiten Weltkrieges eine ständige Aufwärtsentwicklung²⁾. Da die Nichtöffentlichkeit ein Charakteristikum der privaten Schiedsgerichtsverfahren ist, muß dies durch "Indizienbeweis" belegt werden. Eine Vielzahl von Verfahren wird nicht bekannt. Als Beleg für ihre wachsende Bedeutung soll die Zunahme speziell der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit dienen³⁾. Es werden die international bedeutensten institutionellen Schiedsgerichte aufgeführt.

a) IHK (Schiedsgerichtshof bei der Internationalen Handelskammer in Paris)

Die Gesamtzahl der internationalen Streitigkeiten, die dem Schiedsgerichtshof während der im Juli 1975 endenden Drei-Jahresperiode vorgelegt wurden, belief sich auf 458⁴⁾. In den letzten Jahren seit 1980 liegt die Zahl der Verfahren bei etwa 250-300 Fällen pro Jahr⁵⁾.

1) Zu den Definitionen der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, sowie zu den in Betracht kommenden Abgrenzungen zu Schiedsgutachten und internationaler Schlichtung vgl. SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit S. 2, 6.

2) SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit S. 307.

3) Vgl. oben FN 1.

4) THOMSON in Cohn/Domke/Eisemann S. 19.

5) Schill, S. 77.

b) AAA (American Arbitration Association)

Der American Arbitration Association lagen zwischen 1972 und 1974 104 internationale Fälle vor. Davon entfielen auf die Jahre 1972 30, und auf 1974 43 Fälle. Dies bedeutet einen Anstieg von 50 % gegenüber den Vorjahren¹⁾.

c) LCA (London Court of Arbitration)

Ähnlich verhält es sich bei dem London Court of Arbitration.

Hier waren 1973 16, 1974 34, 1975 46 und bis Mai 1976 bereits 40 internationale Verfahren anhängig, was eine stetige Steigerung über den gesamten Zeitraum zeigt. Nach dem Inkrafttreten des Arbitration Act von 1979 setzte sich dieser ständige Anstieg verstärkt fort²⁾. In der Tendenz ähnlich, wenn auch nicht ganz so eindrucksvoll spiegeln diese Entwicklung die Zahlen der Züricher Handelskammer wieder. Ihrem Schiedsgericht wurden 1971 lediglich 2, 1972 7, 1973 6 und 1974 bereits 12 internationale Streitfälle vorgelegt³⁾.

d) Hamburger Freundliche Arbitrage

Nahezu 200 Schiedsverfahren wurden jährlich während der Jahre 1973, 1974, 1975 hier durchgeführt. Hinzu kommen ungefähr 500 bis 600 Fälle, die jährlich vor den unterschiedlichen institutionellen Schiedsgerichten der einzelnen Branchen in Hamburg ausgetragen

1) HOLTZMANN in Cohn/Domke/Eisemann S. 252.

2) Yearbook VII 1983 S. 3.

3) BACHMANN in Cohn/Domke/Eisemann S. 205/206.

werden¹⁾.

Zu den vorliegenden Zahlen kommt eine stetige Zunahme anderer ständig tagender bzw. institutioneller Schiedsgerichte²⁾. Dieses Bild ergibt sich zunächst, wenn man die institutionellen Schiedsgerichte betrachtet. Ein Grund, warum diese Entwicklung für die nichtinstitutionellen, also für die ad hoc Schiedsgerichte anders verlaufen sollte, ist nicht ersichtlich.

Das entsprechende Kehr Bild zeigt der Geschäftsanteil bei den Kammern für Handelssachen der Landgerichte. Er beträgt nur etwa 10 % des Gesamtanfalls bei diesen Gerichten³⁾. Dieser Prozentsatz ist angesichts der zahlreichen anfallenden Streitigkeiten auf handels- und wirtschaftsrechtlichem Gebiet denkbar gering. Er ist aber durchaus kennzeichnend für das Verhältnis zwischen staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit auf internationaler Ebene⁴⁾. Die gegenwärtige und künftige Bedeutung der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit wird noch deutlicher, wenn man die Zunahme des Welt Handels betrachtet: Das Weltexportvolumen in Milliarden Dollar hat sich wie folgt entwickelt:

-
- 1) STRAATMANN in Cohn/Domke/Eisemann S. 48.
 - 2) Editors preface in Cohn/Domke/Eisemann S. VI.
 - 3) BAUR, Neuere Probleme, S. 1.
 - 4) BÖCKSTIEGEL nennt die Verdrängung der Staatsgerichte auf diesem Gebiet eine notwendige Charakteristik der Schiedsgerichtsbarkeit: BÖCKSTIEGEL Schiedsgerichte und staatliche Gerichte RIW 1979, S. 161.

1913	=	19,8	1975	=	873
1938	=	23,4	1980	=	1990
1948	=	57,5			
1954	=	76,9			
1960	=	112,7			
1966	=	180,5			

Nach Schätzung Fouchards enthalten 80 % der Verträge des internationalen Handels Schiedsgerichtsvereinbarungen¹⁾.

2. Vorteile

Ihre Dominanz im Wirtschaftsverkehr beruht auf den Eigenheiten der schiedsrichterlichen Streitentscheidung, auf Eigenheiten, die von den Beteiligten als Vorteil aufgefaßt werden. Diese Eigenheiten oder Vorteile gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit seien zur Vollständigkeit der Darstellung kurz erläutert:

a) Vertrauen

Der vielleicht wichtigste, aber tatsächlich kaum zu messende Grund, ein Schiedsgericht über seine Streitigkeiten entscheiden zu lassen, ist das größere Vertrauen in ein solches Gericht²⁾. Dies gilt jedenfalls, wenn die beteiligten Geschäftspartner unter-

1) FOUCHARDS S. 54.

2) SANDROCK, Handbuch S. 886.

schiedlichen Staaten angehören. Denn eine vertrauenswürdige übernationale Gerichtsbarkeit besteht nicht¹⁾. Es bleibt ihnen erspart, sich im Streitfall dem Rechtssystem und dem Urteil eines ihnen fremden staatlichen Gerichts zu unterwerfen. Die Gefahr, im Falle des Unterliegens an der Objektivität eines Schiedsgerichts zu zweifeln, besteht nicht. Einer mit diesen Zweifeln möglicherweise verbundenen Unwilligkeit, das Urteil freiwillig zu erfüllen, ist der Boden entzogen.

b) Vollstreckbarkeit

Dies berührt einen nicht weniger wichtigen Vorteil, die Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen. Die Vollstreckung staatlicher Gerichtsurteile in einem anderen Land ist häufig mit großen Schwierigkeiten verbunden²⁾. Es gibt zwar einige bilaterale Abkommen und einige wenige regionale multilaterale Übereinkommen, z.B. das EGVÜ, zur Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen ausländischer Gerichte. Die Vollstreckung privater Schiedssprüche erweist sich im Vergleich damit aber als unproblematischer. Dies liegt zum einen wieder an dem Mißtrauen, das fremden staatlichen Entscheidungen entgegengebracht wird, zumal wenn sie sich gegen einen Angehörigen des eigenen Rechtskreises richten. Hinzu kommen inzwischen eine Vielzahl von - teilweise könnte man sagen: weltumspannenden - internationalen Übereinkommen, welche die Vollstreckung von Schiedssprüchen regeln³⁾. Hierzu gehören, wie bereits ange-

1) "Für einen Kaufmann ist es unzumutbar, sich der Gerichtsbarkeit des ausländischen Geschäftspartners zu unterwerfen": SCHLOSSER, Probleme, S. 237.

2) Vgl. § 328 ZPO.

3) z.Bsp. das New Yorker Übereinkommen von 1958.

deutet multilaterale, als auch bilaterale Staatsverträge¹⁾. Grundsätzlich ist die Haltung der Gerichte gegenüber ausländischen Schiedssprüchen weit entgegenkommender als gegenüber ausländischen staatlichen Urteilen²⁾. Als ein Beispiel für diesen Vollstreckungsvorteil soll nur der deutsch-amerikanische Handels-, Schiffahrts- und Freundschaftsvertrag von 1954 genannt werden. Nach ihm werden in den Vereinigten Staaten zwar deutsche Gerichtsurteile für die Vollstreckung in den USA nicht anerkannt, deutsche private Schiedssprüche dagegen problemlos³⁾.

c) Zeitfaktor

Als dritter wesentlicher Vorteil ist der Zeitfaktor zu sehen. Hält man sich die Prozeßdauer in Deutschland für einen Streit durch nur zwei Instanzen vor Augen und bedenkt man bei dem vorher Gesagten⁴⁾, daß man im Fall des Obsiegens noch lange kein im Ausland problemlos vollstreckbares Urteil erlangt, dann erscheint die Verfahrensdauer bei Schiedsverfahren angenehm kurz. Als Beispiel hierfür dienen die Zahlen der internationalen Handelskammer in Paris von 1967. Hier lag die durchschnittliche Dauer immerhin bei 50 % der Verfahren unter 1 Jahr, genauer: zwischen 6 und 12 Monaten, bei 38 % zwischen 12 und 18 Monaten und lediglich 12 % der Verfahren an der IHK dauerten länger als 18 Monate⁵⁾. Die Schiedssprüche sind endgültige Entscheidungen, eine Bindung an Instanzen besteht nicht.

1) MAIER, Handbuch S. 35-38, SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 2 ff.

2) MEZGER in Eisemann/Mezger/Schottelius, S. 22, 23, der hierin eine Auswirkung und einen besonderen Aspekt der Privatautonomie erblickt.

3) WESTRICK S. 2091.

4) S.O. A I 2 b.

5) MEZGER in Eisemann/Mezger/Schottelius, S. 22, 23.

d) Diskretion und Sachkunde

Als weiterer Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit sind die Diskretion des Verfahrens und die Sachkunde der benannten Schiedsrichter zu erwähnen. Im staatlichen Zivilprozeß gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit, z.B. in Deutschland gemäß § 169 GVG. Außerdem besteht stets die Möglichkeit der Akteneinsicht durch Dritte, wenn sie ein rechtliches Interesse hieran nachweisen¹⁾. Daß diese Ausgestaltung auf Unternehmen nicht anziehend wirkt, ist einleuchtend, zumal wenn man an Streitigkeiten aus so sensiblen Gebieten wie know-how und Lizenzverträgen denkt. Hier wird die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens einem wesentlichen Verlangen nach Diskretion gerecht. Ein weiteres Bedürfnis im internationalen Wirtschaftsverkehr liegt darin, Richter zu finden, die nicht nur einschlägige Rechts- und Sprachkenntnisse, sondern auch die notwendigen Kenntnisse der Handelsbräuche besitzen. Diese nötige Sachkunde der Schiedsrichter ist dadurch gewährleistet, daß sich die Parteien Vertrauenspersonen wählen können, die Spezialisten auf dem zu behandelnden Gebiet sind. Das ist bei den staatlichen Gerichten natürlich in dieser Form nicht möglich. Hier bleibt - auch bei Kammern für Handelssachen - die Wahl des Richters immer der Zufälligkeit der internen Geschäftsverteilung und der Vertretungsrichter überlassen²⁾.

Ob man das häufig genannte Argument des Kostenvorteils von Schiedsverfahren³⁾ unbedenklich

1) Vgl. § 299 Abs. 3 ZPO.

2) GLOSSNER, Das Schiedsgericht in der Praxis, S. 18-20; SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 2 ff.

3) SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 2 ff.; SANDROCK, Handbuch, S. 886.

anführen kann, erscheint zumindest fraglich. Die meisten der Faktoren, welche die notwendigen Prozeßkosten bei staatlichen Gerichtsverfahren ausmachen, können auch bei Schiedsverfahren wirken¹⁾. Als bedeutender Multiplikator fällt aber der Zeitfaktor in Rechnung. Da die Dauer der Schiedsverfahren verhältnismäßig kürzer ist als bei staatlichen²⁾, wird in der Regel also auch ein Kostenvorteil zu verbuchen sein. Nicht unterschätzt werden darf schließlich, daß die Atmosphäre für eine gütliche Beilegung vor einem Schiedsgericht günstiger sein dürfte als vor einem staatlichen Gericht³⁾.

All die aufgeführten Eigenheiten haben dazu beigetragen, daß der internationale Wirtschaftsverkehr zu einer Domäne der privaten Schiedsgerichtsbarkeit geworden ist⁴⁾.

II. Die besonderen Probleme der Kartellschiedsgerichtsbarkeit

1. Die klassische Kartellschiedsgerichtsbarkeit

"Die Geschichte der Kartellentwicklung ist auch eine Geschichte der privaten Schiedsgerichtsbarkeit"⁵⁾. Diese Feststellung von Markert sagt nichts

- 1) Dolmetscher, Übersetzungen von Schriftsätzen, Gutachter, Aktenversendung, Schiedsrichterentlohnung.
- 2) Vgl. oben A I 2 c.
- 3) So GLOSSNER, Das Schiedsgericht in der Praxis, S. 18, 20.
- 4) MAIER, Handbuch, S. 37; SCHWAB sieht in ihr die vielleicht ursprünglichste Art der Gerichtsbarkeit: SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 2 ff.
- 5) MARKERT, S. 221 III 2; vgl. zur Geschichte der Kartellschiedsgerichtsbarkeit vor dem zweiten Weltkrieg besonders: KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 212 ff.; zusammenfassend: ALTENMÜLLER, S. 2 ff.

anderes, als daß Kartellorganisationen oder schlicht Kartelle, seitdem es sie gibt, die Schiedsgerichtsbarkeit genutzt haben, um Streitigkeiten aus dem Kartellvertrag zu entscheiden. Die Untersuchungen, die sich mit Kartellschiedsgerichtsbarkeit beschäftigen - insbesondere mit ihrer Geschichte und Entwicklung vor der heutigen Kartellgesetzgebung - beziehen sich in der Regel auf Schiedsvereinbarungen in Verträgen, die hier als klassische Kartellverträge bezeichnet werden¹⁾ und die in Deutschland vor allem vor und unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg üblich waren. Ihr Ausgangspunkt ist der in allen Einzelheiten durchformulierte Kartellvertrag zwischen zahlreichen Unternehmen, der mit Sanktionen, Schiedsabreden und anderen Kautelen versehen ist, die den Zusammenhalt der Gruppe sichern sollen²⁾. Diese Verträge haben nicht allein eine Marktbeeinflussung oder Marktregelung zum Gegenstand, sondern schaffen durch ihre oben angedeutete Ausgestaltung mit dem Kartell ein gesellschaftsähnliches Unternehmensgebilde. Warum bedienen sich Kartelle und von ihnen besonders die internationalen - beide sind infolge der modernen Kartellgesetzgebungen vieler Länder heute übrigens sehr selten geworden - der Vorteile der schiedsrichterlichen Streitbeilegung in hohem Maße ? Die Antwort findet sich in Sinn und Selbstverständnis des Kartells. Das internationale Kartell kann seinen Zweck der Marktregelung nur dann wirklich erreichen, wenn alle Beteiligten die vertraglich festgelegte Marschroute einhalten³⁾. Das Kartell ist deswegen darauf bedacht, einem Ausbrechen seiner Mitglieder aus der Kartellordnung möglichst schnell und diskret zu begegnen. Es versucht,

1) Vgl. KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 215 m.w.N.

2) KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 212.

3) KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 212.

sämtliche Konflikte aus dem Kartellvertrag durch Schiedsgerichtsverfahren unter optimaler Wahrung der Kartellinteressen beizulegen. Das gilt für beanstandete Abweichungen von vereinbarten Verhaltensweisen, für Leistungs-, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche und auch für Kündigungsfragen. Daneben sind wettbewerbsfeindlichen Organisationsformen dieser Art alle Eigenheiten der Schiedsgerichtsbarkeit vorteilhaft und daher angenehm: Kartelle scheuen die Öffentlichkeit und sind an einem Instanzenzug vor staatlichen Gerichten nicht interessiert. Ihnen ist daran gelegen, keinem Außenstehenden, weder der Konkurrenz, noch eigenen Lieferanten oder Abnehmern, Einblick in das Kartell als solches, in seine Arbeitsweise und seine Schwierigkeiten zu geben. Vor allem sollen Streitigkeiten schnell behandelt werden, denn "böse Beispiele verderben gute Sitten"¹⁾. Unter diesen Gesichtspunkten ist die Schiedsgerichtsbarkeit die denkbar beste Einrichtung, um Differenzen von Kartellorganisationen nach den Bedürfnissen dieser Organisationen beizulegen. Die enge Verbindung zwischen Schiedsgericht und Kartell, die sich in dem Terminus Kartellschiedsgerichtsbarkeit widerspiegelt, wird somit verständlich.

2. Problemstellung heute

Es überrascht nicht, daß die Vertreter der Rechtswissenschaft, die sich kritisch mit dem Kartellrechtswesen insbesondere vor dem zweiten Weltkrieg auseinandergesetzt haben, auch der Kartellschiedsgerichtsbarkeit skeptisch gegenüberstehen²⁾.

1) KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 213.

2) Z.B. KESTNER/LEHNICH, S. 348; KÖPPEL, Kartellrundschau 1941, S. 388.

Hieraus haben sich Vorbehalte gegen dieses Instrument der Streitbeilegung entwickelt, die bis in die jüngste Zeit wiederholt und übernommen wurden¹⁾. Der Gesetzgeber teilte diese Skepsis, als er den § 91 GWB formulierte. Die Bedenken des Gesetzgebers haben den § 91 GWB mitgestaltet. Es ist jedoch fraglich, ob die Bedenken, die sich immer noch am negativen Leitbild der klassischen Kartellschiedsgerichtsbarkeit orientieren, den Veränderungen des deutschen Kartellrechts einerseits und den Entwicklungen des internationalen Wirtschaftsverkehrs andererseits Rechnung tragen²⁾. Die Bekämpfung des klassischen gesellschaftsähnlichen Kartells spielt bei dem Bemühen um Wettbewerbserhaltung und bei dem Bemühen um die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen nur noch eine untergeordnete Rolle. Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB durch das Bundeskartellamt und die Rechtsprechung haben dessen Anwendungsbereich stark erweitert. Eine Vielzahl von "normalen" Austauschverträgen ist stattdessen zunehmend kartellrechtlich relevant geworden³⁾. Besonders Lizenzverträge sind geeignete Mittel zur Organisation nachgeordneter Gütermärkte. Umfassende Lizenzvertragssysteme und Patentpools werden zum Teil als Kartellersatz für den Lizenzgeber bewertet⁴⁾. Durch Preisbindungen, mengenmäßige oder

1) ALTENMÜLLER, S. 325; GENTINETTA, S. 48 FN 16; KRONSTEIN, Internationale Kartelle, insbesondere S. 214 ff., 321 ff.; OEHLER, S. 61; RÜTER, S. 194 f.; VOLLMER, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 424.

2) Kritisch gegenüber der Kritik an der Kartellschiedsgerichtsbarkeit in aller jüngster Zeit: LIEBERKNECHT, S. 313 ff. und STEINDORFF, S. 189.

3) STUMPF, S. 295.

4) EMMERICH in: Immenga/Mestmäcker, § 20 Rdnr. 17, 18.

territoriale Beschränkungen des Lizenznehmers, durch Export- und Reimportverbote, Bezugs- und Vertriebsbindungen als Nebenbestimmungen in Lizenzverträgen rücken diese in die Aufmerksamkeit der Wettbewerbshüter. Das Eingreifen der ordentlichen Gerichte bei Streitigkeiten aus diesen Verträgen auf Grund der §§ 91, 1 GWB mag dazu führen, daß für die Parteien die Vorteile der zunächst vorgesehenen Schiedsgerichtsbarkeit verlorengehen¹⁾. Diese Entwicklung regt dazu an, die Probleme genauer zu untersuchen, die sich beim Zusammentreffen von Kartellrecht und Schiedsgerichtsbarkeit ergeben. Berücksichtigt werden soll einerseits die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, da sie die eigentliche Domäne dieser privatrechtlichen Streitbeilegung ist. Es sollen daher die bedeutendsten internationalen Übereinkommen unter dem Aspekt kartellrechtlicher Fragestellungen beleuchtet werden. Zum anderen sind die Bestimmungen und Grundsätze des deutschen Kartell- und Schiedsrechts zu untersuchen. Um den Rahmen nicht zu sprengen und die Überschaubarkeit der Arbeit nicht zu sehr zu strapazieren, bleibt das europäische Kartellrecht unberücksichtigt, für das sich nahezu die selben Fragen stellen.

1) STUMPF, S. 296; MÖHRING, S. 369 ff.; HABSCHEID
KTS 1967, S. 6.

B. Kartellrechtliche Probleme bis zum Zustandekommen
des Schiedsspruches nach deutschem Recht

I. Einfluß des GWB beim Zustandekommen von Schieds-
klauseln und Schiedsverträgen

1. Problemstellung

Bereits beim Zustandekommen von Schiedsverträgen oder Schiedsklauseln können sich nach deutschem Recht für kartellrechtlich relevante Streitigkeiten Besonderheiten ergeben. Sie können sich auf die Wirksamkeit der Schiedsklausel, bzw. des Schiedsvertrages auswirken. Daher müssen die Parteien bereits beim Formulieren der Schiedsvereinbarung auf diese Besonderheiten achten, soweit sie damit rechnen können, daß deutsches Recht im Rahmen dieses Vertrages angewendet wird¹⁾. Dies kann in drei Stadien geschehen:

1. Das Schiedsgericht wendet selbst deutsches Recht an.
2. Bei Vollstreckung des Schiedsspruches wird deutsches Recht angewendet.
3. Bei anderweitiger Überprüfung des Schiedsvertrages durch ein staatliches Gericht z.Bsp. im Einredeverfahren wird deutsches Recht angewendet.

Sobald eine der Situationen möglich scheint, sollten die Parteien beachten, daß sich bei kartellrechtlich relevanten Verträgen in folgenden Punkten Abweichungen zu kartellrechtlich nicht relevanten Verträgen ergeben können:

1. bezüglich der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes,
2. bezüglich der Form der Schiedsvereinbarung,
3. bezüglich der Wirksamkeitsvoraussetzung des § 91 GWB und
4. bezüglich des Einflusses internationaler Übereinkommen.

¹⁾ Vgl. SANDROCK, Handbuch 2. Band, S. 888 Rdnr. 6

2. Die objektive Schiedsfähigkeit kartellrechtlich relevanter Streitigkeiten

a) Begriffsbildung und Inhalt

"Die Parteien verpflichten sich, alle sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten durch ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen"¹⁾. So oder ähnlich kann eine Schiedsklausel in einem Vertrag formuliert sein. Doch bevor es hierzu kommt, stellt sich für die Beteiligten die Kernfrage, ob sie das Geschäft und die damit möglicherweise auftretenden Fragen überhaupt zum Gegenstand einer Schiedsvereinbarung machen dürfen. Denn der Möglichkeit zur schiedsrichterlichen Streitentscheidung sind Grenzen gesetzt. Nicht alle Streitigkeiten, die im Rahmen von Vertragsbeziehungen entstehen können, dürfen den staatlichen Gerichten entzogen werden. Wann das möglich ist, ist die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes²⁾. Welche Materie im einzelnen schiedsfähig ist, wird von den verschiedenen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich beurteilt. Das kann sich bei internationalen Streitigkeiten ebenso unterschiedlich auswirken, da über die Schiedsfähigkeit in den verschiedensten Zusammenhängen zu entscheiden ist. So ist diese Frage stets dort von Bedeutung, wo es auch auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ankommt, z.B. bei der Zuständigkeit des Schiedsgerichts, bei der Einrede der Schieds-

1) Siehe Beispiele typischer Schiedsklauseln bei KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 218 ff.

2) Vgl. statt vieler: SCHLOSSER, RdNr. 274; hier wird nicht die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit erörtert. Bedenken diesbezüglich ließen sich eventuell aus Art. 92, 101 GG entnehmen, dem man wiederum entgegensetzen kann, daß die Zulässigkeit privater Schiedsgerichte eine Auswirkung der verfassungsrechtlich verankerten Privatautonomie ist; zur kollisionsrechtlichen Bewertung der objektiven Schiedsfähigkeit vgl. SCHLOSSER, RdNr. 298.

gerichtsbarkeit, bei Aufhebungsklage und Vollstreckung des Schiedsspruches¹⁾. Den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit verwendet die deutsche Zivilprozeßordnung nicht wörtlich. Sie enthält aber in § 1025 Abs. 1 eine Regelung, die mit dem Inhalt der objektiven Schiedsfähigkeit identifiziert wird.

§ 1025 Abs. 1 ZPO: Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen soll, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen²⁾.

Bei einer Schiedsvereinbarung, - sei es in Form einer Klausel oder eines ausführlicheren Schiedsvertrages - fordert der § 1025 Abs. 1 ZPO die Vergleichsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand. Sie müssen verfahrensrechtlich über ihn verfügen können³⁾. Wann die Parteien dies dürfen, darüber sagt der § 1025 ZPO nichts. Sowohl die Zivilprozeßordnung als auch das BGB enthalten keine positiven Vorschriften darüber, was einem Vergleich unterliegt⁴⁾.

b) Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten

Da der Gesetzgeber die Vergleichsbefugnis und die mit ihr verknüpfte Frage der Schiedsfähigkeit nicht allgemein beantwortet hat, muß sie für jede Streitigkeit

1) VON HÜLSEN, S. 117.

2) Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages vgl. SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 I 1; ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1025 I 1 B; zum notwendigen Inhalt des Schiedsvertrages vgl. SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 II 1, 3; zur Abgrenzung von Schiedsgutachten und von Maßnahmen privater Vereinsstrafgewalt vgl. SCHLOSSER in Stein/Jonas vor § 1025 II 3, 4.

3) ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1025 Nr. 6 A.

4) SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit, S. 23.

besonders entschieden werden. Die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten könnte aber in § 91 GWB ausdrücklich geregelt sein.

aa) § 91 GWB als Regelung der Schiedsfähigkeit?

§ 91 Abs. 1 Satz 1 GWB lautet:

"Schiedsverträge über künftige Streitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der in den §§ 1-5 b, 7, 8, 29, 99 Abs. 2 Nr. 1 a - 4, §§ 100, 102, 102 a und 103 bezeichneten Art oder aus Ansprüchen i.S. des § 35 sind nichtig, wenn sie nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfall statt der Entscheidung durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen".

§ 91 ist eine der wenigen Normen im deutschen Recht, die das Institut der Schiedsgerichtsbarkeit im Zusammenhang mit einem konkreten Anwendungsbereich von Streitigkeiten erwähnt. Wieweit macht der § 91 GWB auch eine Aussage zur Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten? Seine Formulierung läßt verschiedene Interpretationen zu:

1. § 91 GWB schränkt die Schiedsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten ein.
2. § 91 GWB statuiert die Schiedsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten.
3. § 91 GWB sagt zur Schiedsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten nichts.

(1) § 91 GWB schränkt die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten ein.

Eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit wird in der Literatur angenommen, ohne dabei genau auf den Wortlaut des § 91 Abs. 1 GWB einzugehen. § 91 GWB wird hierbei beiläufig in Zusammenhang mit der Schiedsfähigkeit gebracht. Möglicherweise wird aus der Rechtsfolge, dem Begriff "nichtig" in Satz 1 in Verbindung mit den betroffenen Verträgen oder Beschlüssen gefolgert, der Gesetzgeber normiere hier

eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit. So sind Kornmeyer/Sandrock zu verstehen, wenn sie in einem argumentum e contrario aus Satz 1 des § 91 Abs. 1 GWB zu Abs. 2 sagen, daß Schiedsgerichtsvereinbarungen über bereits entstandene Streitigkeiten ohne Einschränkungen schiedsfähig seien¹⁾. Sie nehmen also an, daß Schiedsvereinbarungen über künftige Streitigkeiten, jedenfalls die in § 91 Abs. 1 Satz 1 erwähnten, eben nur mit Einschränkungen schiedsfähig sind. Ähnlich faßt auch Kroitzsch den § 91 GWB auf, ohne jedoch die Begriffe Schiedsfähigkeit oder Vergleichsbefugnis zu erwähnen²⁾. Ausdrücklich sieht auch Schlosser die Schiedsfähigkeit bei Kartellstreitigkeiten durch § 91 GWB eingeschränkt, ohne aber näher darauf einzugehen³⁾. Günther bezeichnet § 91 Abs. 1 Satz 2 GWB lediglich als gesetzliches Verbot mit Legalisierungsvorbehalt und § 91 Abs. 1 Satz 1 GWB als gesetzliches Verbot ohne Legalisierungsvorbehalt, erwähnt aber Schiedsfähigkeit bzw. Vergleichsbefugnis nicht ausdrücklich⁴⁾.

(2) § 91 GWB statuiert die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten.

Demgegenüber wird der § 91 GWB zum Teil gerade im entgegengesetzten Sinn interpretiert. Diese

- 1) KORNMEYER/SANDROCK in: Sandrock, Handbuch Bd. 2, S. 909.
- 2) KROITZSCH, S. 392: "Ohne § 91 GWB wären Schiedsabreden auch bei Kartellstreitigkeiten zulässig"; auch ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1025 Rdnr. 8.
- 3) SCHLOSSER, Rdnr. 309; aber anderer Auffassung ROTH, S. 319; auch SANDROCK, Handbuch Bd. 2, S. 909 behandelt § 91 GWB unter dem Oberbegriff Schiedsfähigkeit; derselbe aaO, S. 917 im Vergleich des § 91 GWB mit österreichischem Recht; eher beiläufig: MEZGER AWD 1970, S. 258 (281).
- 4) GÜNTHER, S. 30; in der Tendenz noch zurückhaltender: VOLLMER, Verfassungsrechtliche Grenzen, WuW 1969, S. 424.

Norm stelle die Schiedsfähigkeit der dort aufgeführten Streitigkeiten heraus und gebe geradezu grünes Licht für ihre schiedsrichterliche Erledigung¹⁾.

Dies mag man im Hinblick auf den § 66 des Regierungsentwurfs verstehen, der im Vergleich zu § 91 GWB wesentlich restriktiver formuliert war²⁾. So sehen auch Kornblum und von Heymann im § 66 RgE GWB noch eine Einschränkung der Vergleichsberechtigung in Kartellstreitigkeiten i.S.d. § 1025 Abs. 1 ZPO³⁾. § 91 GWB enthalte demgegenüber eine andere Gewichtsverteilung, die eher die gegenteilige Auslegung zulasse. In diesem Sinn plädiert auch Möhring in seiner Abhandlung zur Kartellschiedsgerichtsbarkeit. Der Gesetzgeber habe in Kartellsachen durch die § 91, 106 GWB die Schiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich anerkannt⁴⁾. Im Tenor wird diese Auffassung noch in jüngster Zeit vertreten⁵⁾.

(3) § 91 GWB sagt zur Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten nichts.

Worauf ist eine so unterschiedliche Beurteilung zurückzuführen, - einerseits Beschränkung der Schiedsfähigkeit, andererseits Statuierung durch § 91 GWB?

1) So KORNBLUM/VON HEYMANN S. 1456 (1459 li. Sp.).

2) § 66 RgE GWB: Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der in §§ 1-4 bezeichneten Art oder aus Ansprüchen i.S.d. § 28 sind nichtig. Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der §§ 5 bezeichneten Art sind unwirksam, soweit nicht die Kartellbehörde auf Antrag eine Erlaubnis erteilt. (Begründung 1952).

3) Dieselben aaO.

4) MÖHRING, S. 369.

5) LIEBERKNECHT, S. 311: "Damit wollte das Gesetz die Behandlung kartellrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte ermöglichen".

Dies ist schwer zu beantworten, da die jeweiligen Standpunkte trotz ihrer Bedeutung nur beiläufig ohne genaue Begründung vertreten werden.

Die Auslegung einer Norm beginnt bei ihrem Wortlaut. Der Wortlaut des § 91 GWB fällt durch seinen verschachtelten Satzbau auf. Der vorangestellte Hauptsatz enthält die Rechtsfolge der Nichtigkeit von Schiedsverträgen über bestimmte Kartellstreitigkeiten. An ihn knüpft der Wirksamkeitsvorbehalt in einem negativen Bedingungssatz an, der noch einen erweiterten Infinitiv enthält. Diese exponierte Stellung der Nichtigkeitsfolge mag zu einer Vernachlässigung des nachfolgenden Norminhaltes führen. Der erste Satzteil enthält aber "lediglich" die Rechtsfolge der Nichtigkeit, der Bedingungssatz die Voraussetzung für das Eintreten dieser Rechtsfolge: Wenn im Schiedsvertrag oder der Schiedsklausel eine sog. Wahlklausel fehlt. Wie kann man hieraus auf eine Einschränkung der Schiedsfähigkeit schließen? Die Schiedsfähigkeit wird angeknüpft an die Vergleichsbefugnis der Parteien i.S.d. § 1025 ZPO. Die Parteien müssen verfahrensrechtlich über den Streitgegenstand verfügen können. Kann man hierüber dem § 91 Abs. 1 GWB etwas entnehmen? Haben die Parteien eine Wahlklausel i.S.d. § 91 Abs. 1 GWB in ihrem Schiedsvertrag aufgenommen, dann ist dieser wirksam. Sie sind befugt, jegliche kartellrechtliche Streitigkeit durch ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Die Vergleichsbefugnis und damit die Schiedsfähigkeit werden durch den § 91 Abs. 1 GWB nicht berührt. Der § 91 Abs. 1 GWB stellt nur eine weitere Voraussetzung für den Abschluß von Schiedsverträgen auf¹⁾. Das ist aber ein Punkt, der der Frage der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nachgelagert ist. Zuerst muß entschieden werden:

1. Sind kartellrechtliche Streitigkeiten überhaupt schiedsfähig?

1) ALTENMÜLLER, S. 30.

2. Wenn ja, dann müssen die Schiedsverträge, soweit sie zu den in § 91 Abs. 1 GWB genannten zählen, eine entsprechende Wahlklausel enthalten.

Hier ist festzuhalten, daß aus § 91 Abs. 1 GWB jedenfalls keine Einschränkung der Vergleichsbefugnis und damit der Schiedsfähigkeit in Kartellsachen zu entnehmen ist¹⁾. Aus der oben aufgeführten Prüfungsreihenfolge läßt sich sogar eher eine Begründung für die Ansicht gewinnen, die in § 91 Abs. 1 GWB eine Statuierung der Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus wettbewerbsrelevanten Verträgen sieht. Denn warum sollte der Gesetzgeber mit § 91 Abs. 1 GWB eine Norm schaffen, die sich mit Schiedsverträgen bei Wettbewerbsstreitigkeiten befaßt, wenn man deren Schiedsfähigkeit auch verneinen könnte? Der Gesetzgeber hatte, als er den § 91 GWB schuf, die Praxis der Kartellschiedsgerichtsbarkeit vor Augen. Kartellschiedsgerichtsbarkeit hatte keine besonderen gesetzlichen Grundlagen außer die allgemeinen Regelungen der ZPO zur Schiedsgerichtsbarkeit. Die Vergleichsbefugnis nach § 1025 Abs. 1 ZPO in Kartellstreitigkeiten wurde vorausgesetzt. Der Gesetzgeber hat sich mit ihr auch in § 91 Abs. 1 GWB nicht auseinandergesetzt, sondern nur für den Fall der Schiedsfähigkeit eine weitere Wirksamkeitsvoraussetzung geschaffen. Die Vergleichsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten wird also stillschweigend vorausgesetzt.

Der § 91 Abs. 1 GWB hat die Möglichkeit, kartellrechtliche Streitigkeiten schiedsrichterlich beizulegen, weder eingengt noch ausdrücklich sta-

1) SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 26; SCHLOSSER, Rdnr. 281; ALTENMÜLLER, S. 30.

tuert. Er sagt über die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten nichts¹⁾.

bb) Vergleichsberechtigung kartellrechtlicher Streitigkeiten nach allgemeinen Gesichtspunkten

- (1) Trennung zwischen materieller und verfahrensrechtlicher Vergleichsberechtigung?

Nachdem wir festgestellt haben, daß der § 91 Abs. 1 GWB über die Schiedsfähigkeit nichts Ausdrückliches sagt, bleibt als normativer Ansatz doch nur der § 1025 Abs. 1 ZPO. Es wurde bereits hervorgehoben, daß der § 1025 ZPO zwar die Schiedsfähigkeit an die Vergleichsberechtigung der Parteien knüpft, aber darüber, was einem Vergleich unterliegen kann, schweigt. Kann hier eine Auslegung des § 1025 Abs. 1 ZPO weiterhelfen²⁾? Das Instrument der Gesetzesauslegung trifft hier methodisch den Nagel nicht auf den Kopf. Eine Norm oder ein Begriff als Teil dieser Norm ist nur dann der Auslegung zugänglich, wenn in seiner Bedeutung eine gewisse Schwankungsbreite und Variationsmöglichkeit besteht. Ein und derselbe Ausdruck muß eben verschieden ausgelegt werden können³⁾. Das ist aber nicht unser Problem, denn der Inhalt des § 1025 ZPO ist eindeutig. Man kann und darf der Norm auch durch Auslegung nicht etwas abverlangen, was nicht ihr Regelungsinhalt ist. Man muß also fragen, welche Lösungen für unsere Fragen bleiben. Es liegt nahe, an den Begriff Vergleich anzuknüpfen und des

- 1) So auch ALTENMÜLLER, S. 30; SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 26; Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker, § 91 Rdnr. 11.
- 2) Als Auslegung des § 1025 Abs. 1 ZPO bezeichnet Kornmeyer seine Untersuchung vgl. S. 62.
- 3) Vgl. LARENZ BGB AT 3. Aufl., S. 57.

halb auf den Vergleich im Bürgerlichen Gesetzbuch abzustellen. Doch auch der Blick in den § 779 BGB hilft zunächst nicht weiter. Diese den Vergleich regelnde Norm enthält nur eine Legaldefinition zu der Frage, was ein Vergleich ist, nicht jedoch dazu, wann ein Vergleich zulässig ist¹⁾. Gäbe es hierfür Kriterien, dann müßte man weiter fragen, ob die Verknüpfung der Schiedsfähigkeit bzw. Vergleichsberechtigung in § 1025 ZPO mit der Vergleichsbefugnis im Bürgerlichen Gesetzbuch sinnvoll ist²⁾. Einen solchen Grundsatz kennt das deutsche Recht jedoch nicht³⁾. Weder ist er gesetzlich festgeschrieben noch haben Rechtsprechung und Lehre einen geeigneten, also "griffigen" Maßstab entwickelt. Gesichtspunkte, die gegen eine Vergleichsbefugnis und damit gegen die Schiedsfähigkeit von Wettbewerbsstreitigkeiten im besonderen sprechen, wirken unsystematisch. Es erscheint daher nicht dogmatisch korrekter oder auch nur systematisch erfolgversprechender, zwischen materieller und verfahrensrechtlicher Verfügungsbefugnis streng zu trennen⁴⁾. Im übrigen wird hinter jeder fehlenden verfahrensrechtlichen Verfügungsbefugnis regelmäßig auch ein zwingender nichtverfahrensrechtlicher Gesichtspunkt stehen, z.B. ein besonderer Schutzgedanke⁵⁾.

1) So KORNMEYER, S. 52, 53.

2) So systematisch KORNMEYER, S. 52 ff.

3) BAUR, Vergleich Rdnr. 40.

4) So ausdrücklich KORNMEYER in seiner ausführlichen Untersuchung dieser Frage, vgl. S. 51 ff.

5) In diesem Sinne wohl auch Kornmeyer selbst einlenkend, indem er sagt, daß die Einschränkung der Dispositions- und Verhandlungsmaxim letztlich auch dem Schutz zwingender und materieller Vorschriften diene; er hält aber dennoch die Unterscheidung für notwendig, ob Normen nur der materiellen Verfügungsbefugnis entzogen sind oder darüber hinaus durch Beschränkung der prozessualen Handlungsfreiheit geschützt werden, S. 65.

(2) Gründe gegen eine Vergleichsberechtigung im Sinne des § 1025 Abs. 1 ZPO bei kartellrechtlichen Streitigkeiten

(a) Zwingende Normen regeln den Sachverhalt

Eine Vergleichsberechtigung bei kartellrechtlichen Streitigkeiten könnte dann fehlen, wenn zwingende Normen den streitigen Sachverhalt regeln. Da es sich bei den Normen der Wettbewerbsordnung, also insbesondere bei UWG und GWB um solche zwingenden und bei Anwendbarkeit des deutschen materiellen Rechts nicht abdingbaren Normen handelt, könnte man daran denken, eine Befugnis der Parteien zum Vergleich abzulehnen. Man müßte dann auch über § 1025 ZPO die Schiedsfähigkeit dieser Streitigkeit verneinen. Hiergegen ist zunächst zu sagen, daß die Vereinbarung, ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, die zwingenden wettbewerbsrechtlichen Normen nicht berührt. Dies kann allenfalls der dann ergehende Schiedsspruch. Es erscheint deswegen zweifelhaft, ob diese Gefahr dadurch ausgeschlossen werden soll, indem man solche Sachverhalte eo ipso für nicht schiedsfähig hält¹⁾. Nun könnte man vorbringen, daß aber die Schiedsverträge immerhin die Möglichkeit eröffnen, ohne Bindung an zwingendes materielles Recht zu entscheiden. Zwar darf es nicht die Intention der Schiedsgerichtvereinbarung sein, zwingendes materielles Recht zu umgehen²⁾. Doch Situationen, in denen es tatsächlich zu einem Außer-Acht-Lassen zwingenden materiellen Rechts durch den Schiedsspruch kommt, sind keine Seltenheit. Z.B. besteht die Möglichkeit einer Abdingung deutschen Rechts überhaupt. Von einer solchen Rechtswahl ist unter Umständen zwingendes Recht betroffen.

1) Dagegen: KORNMEYER, der ebenso sagt, daß es etwas anderes sei, ob der Schiedsspruch über zwingendes Recht verfügt, S. 46.

2) MAYER, Rdnr. 97; SCHLOSSER in: Stein/Jonas, § 1034 Rdnr. I 2 c.

Es ist auch denkbar, daß das Schiedsgericht durch die Parteien ermächtigt wird, nach billigem Ermessen zu entscheiden¹⁾. Aus dieser Gefahr, daß das Schiedsgericht zwingendes materielles Recht mißachtet, wird zum Teil die Forderung erhoben, solche Streitigkeiten, die Fragen zwingenden Rechts, also auch des Kartellrechts berühren, der schiedsgerichtlichen Entscheidung ganz vorzuenthalten²⁾. Nach dieser Ansicht sind zwingende Normen eben vollständig der Parteidisposition entzogen. Das bedeutet, daß die Parteien über die betroffenen Streitigkeiten sich auch nicht vergleichen dürfen. Vergleiche, deren Gegenstand von zwingenden Vorschriften geregelt wird, sind hiernach nichtig. Aus § 1025 ZPO ergibt sich dann automatisch auch die mangelnde Schiedsfähigkeit. Aus der mangelnden Schiedsfähigkeit folgte die Nichtigkeit solcher Schiedsverträge³⁾.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

1) Vgl. statt vieler SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 144.

2) VON HEYMANN, S. 181.

3) VON HEYMANN, S. 181; so im Gedankengang auch SCHWAB, der Vergleiche grundsätzlich für unwirksam hält, wenn zwingende Rechtsvorschriften entgegenstehen, wie beispielsweise Vergleiche über Bestehen oder Gültigkeit einer Ehe bei Ansprüchen aus gemeinschaftlichem Testament nach dem Tod des Erstverstorbenen, über den gesetzlichen Unterhaltsanspruch des Verwandten für die Zukunft, über Forderungen aus verbotenen Börsentermingeschäften; ebenso nennt SCHWAB Vergleiche, die gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen. In allen diesen Fällen fehle die Vergleichsberechtigung der Parteien, gem. § 1025 ZPO folge die "Schiedsunfähigkeit"; Schiedsvereinbarungen und daraus resultierende Schiedssprüche würden in den aufgezählten Beispielen vermutlich auch an der ordre public-Kontrolle scheitern: SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 23.

Es liegt nahe, hiergegen als Argument auf die ordre public-Kontrolle bei der Vollstreckung des Schiedsgerichts und auf deren Schutzwirkung zu verweisen. Hierauf wird noch einzugehen sein. Vorweg ist aber anzumerken, daß es für die Parteien, die Schiedsgerichtsverfahren - nicht zuletzt aus Zeitgründen - gewählt haben, eine unglückliche Lösung ist, nach durchgeführtem Verfahren und Schiedsspruch zuletzt an der ordre public-Kontrolle zu scheitern. Unter Umständen muß der Streit erneut vollständig im ordentlichen Gerichtsverfahren geklärt werden. Wenn daher dieselben Argumente, die zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen, auch schon gegen die Schiedsvereinbarung selbst gelten, dann ist es interessengerechter und sinnvoller, eine notwendige Schranke möglichst früh einzubauen.

Da aber die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes früh, nämlich zum ersten Mal bereits bei Abschluß des Schiedsvertrages oder beim Formulieren einer Schiedsklausel zu prüfen ist, dürfte es unter Umständen gar nicht möglich sein, bereits hier zu überblicken, ob zwingendes materielles Recht den künftigen Streit überhaupt prägen wird¹⁾. Vertragspartner werden auch zunächst einmal auf den reibungslosen Ablauf ihres Vertrages hoffen und eine Schiedsklausel nur für den "Fall des Falles" formulieren. Man stelle sich nun vor, die Schiedsfähigkeit wäre nie gegeben, wenn zwingendes materielles Recht bei dem möglichen Streit mitwirkt²⁾. Die Vertrags-

1) Vgl. STEINDORF, S. 191, der ebenfalls meint, daß im allgemeinen sich die Schiedsfähigkeit nicht in Frage stellen läßt, wo bei Abschluß der Vereinbarungen über künftige Streitigkeiten gar nicht absehbar ist, ob für solche Streitigkeiten Kartellrecht relevant wird.

2) So aber VON HEYMANN, S. 181; SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 23.

partner hätten bei Vertragsschluß größte Schwierigkeiten, mit ruhigem Gewissen noch eine Schiedsklausel zu formulieren oder auf sie zu vertrauen. Selbst bei einer Konkretisierung des Streites träfe das Schiedsgericht, das ja die Schiedsfähigkeit auch zu prüfen hat¹⁾, immer noch auf die gleichen erheblichen Probleme. Einem ordentlichen Gericht würde es bei dieser Prüfung anlässlich der Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit ebenso ergehen. Insgesamt würde die oben vertretene Ansicht zu einer erheblichen Verunsicherung in der Handhabung von Schiedsvereinbarungen führen.

Der Ansicht, daß die Parteien bei zwingendem materiellen Recht Streitigkeiten auf diesem Gebiet nicht durch Schiedsverfahren beilegen dürfen, ist des weiteren entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber bei der Regelung der Schiedsgerichtsbarkeit die Nichteinhaltung zwingenden Rechts gesehen und gebilligt hat. Das ist aus dem Kontrollsystem zu entnehmen, das er mit den §§ 1041, 1042, 1044 ZPO geschaffen hat. Wären Streitigkeiten, die zwingende Normen berühren, nicht schiedsfähig, würde dies die Nichtigkeit ihrer Schiedsvereinbarungen nach sich ziehen. Jeder Schiedsspruch, der auf diesen Vereinbarungen beruht, müßte gem. § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO aufgehoben werden. Welche Funktion hätte dann noch der § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, der eigentlich den Schutz grundlegender materieller Normen dienen soll²⁾? Entscheidender dürfte aber sein, daß der § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO die Schranke des hinzunehmenden Schiedsspruches selbst hoch ansetzt. Ein Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung liegt noch nicht stets

1) Nämlich bei Prüfung seiner eigenen Zuständigkeit.

2) Vgl. zu § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO unten C I 2.?

vor, wenn der Schiedsspruch zwingendes Recht mißachtet. Notwendig ist immerhin ein Verstoß gegen eine Norm, welche die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Zusammenlebens in zwingender, dem Parteibelieben entzogener Weise regelt¹⁾. Würde man nun über die §§ 1025 Abs. 1, 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bereits jede zwingende Norm von der Schiedsgerichtsbarkeit ausschließen, läge hierin zu der großzügigen Regelung des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ein Wertungswiderspruch²⁾.

Hiergegen wird zwar angeführt, daß die ordre public-Kontrolle unzureichend sei, da ihre inhaltliche Bestimmung eben nur an Grundwerten und nicht an positivem Recht orientiert sei. Die Kontrolle und Aufhebung von Schiedssprüchen aufgrund der §§ 1041 Abs. 1 Nr. 2 und § 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO habe dadurch Ausnahmecharakter. Hinzu komme, daß durch Wahl eines ausländischen Schiedsgerichts auch das IPR und damit der ordre public wegbedungen werden könne³⁾. Diese Argumentation übersieht aber, daß dies nicht ein Problem der Rechtmäßigkeit der Schiedsvereinbarung, sondern der Anerkennung des Schiedsspruches ist. Wer der Auffassung ist, daß man materiell unrichtige Schiedssprüche nicht hinnehmen kann⁴⁾,

1) Vgl. statt vieler, SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 177.

2) So auch KORNMEYER, S. 59.

3) VON HEYMANN, S. 180, der als Beispiel anführt: Trotz der Nichtigkeit des Hauptvertrages könne ein Schiedsgericht Schuldner zur Leistung verurteilen und damit zwingendes Recht umgehen.

4) Vgl. dagegen nur SCHÖNKE, S. 228, der der Ansicht ist, daß, wenn der Staat durch Anerkennung der Schiedsgerichtsbarkeit eine Rechtssprechung Privater schon zuläßt, er auch grundsätzlich unrichtige Schiedssprüche hinnehmen kann, egal, ob auf falscher Anwendung nachgiebigen oder zwingenden Rechts beruhend.

mag über eine verschärfte nachträgliche Kontrolle nachdenken. Dies hat jedoch mit der Schiedsfähigkeit i.S.d. § 1025 Abs. 1 ZPO nichts zu tun. Meist gibt zwingendes Recht auch "nur" Vorschriften für die inhaltliche Gestaltung einer an sich zulässigen Parteidisposition. Deshalb sollte eine Materie auch nur dann der schiedsgerichtlichen Entscheidung entzogen werden, wenn für sie der Gesetzgeber die Dispositionsbefugnis schlechthin entzogen hat und nicht schon, weil sie der Herrschaft zwingenden Rechts untersteht¹⁾. Hierfür spricht auch, daß der Gesetzgeber durchaus in ausdrücklichen Normen bestimmte Bereiche von der Schiedsgerichtsbarkeit ausschließt. So erklärt er in § 1025 a ZPO Schiedsverträge über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen, von vorneherein für unwirksam.

Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte scheint es nicht gerechtfertigt, die Vergleichsbefugnis der Parteien und damit gem. § 1025 Abs. 1 ZPO die Schiedsfähigkeit allein deswegen auszuschließen, weil die zu entscheidenden Streitigkeiten von zwingenden Rechtsnormen geprägt sind²⁾.

(b) Für die betroffenen Streitigkeiten besteht ein ausschließlicher Gerichtsstand

Einer Vergleichsbefugnis der Parteien i.S.d. § 1025 Abs. 1 ZPO und damit der Schiedsfähigkeit, könnte entgegenstehen, daß für Wettbewerbsstreitigkeiten das Gesetz einen ausschließlichen Gerichtsstand vorschreibt.

1) ROTH, S. 148.

2) Ebenso SCHLOSSER, Rdnr. 277; ROTH, S. 147 ff.; KORNMEYER, S. 46 ff.; SCHLOSSER, in Stein/Jonas § 1025 III 1. b.

§ 87 GWB:

(1) Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz oder aus Kartellverträgen und aus Kartellbeschlüssen ergeben, sind ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes die Landgerichte ausschließlich zuständig.

(2) Die Rechtsstreitigkeiten sind Handelssachen i.S.d. §§ 93-114 GVG.

§ 96 Abs. 1 GWB:

Die Zuständigkeit der nach diesem Gesetz zur Entscheidung berufenen Gerichte ist ausschließlich.

Ohne daß die besondere wettbewerbsrechtliche Problematik davon betroffen sein muß, wird zum Teil grundsätzlich aus dem Bestehen eines ausschließlichen Gerichtsstandes der Schluß gezogen, daß davon berührte Streitigkeiten nicht schiedsfähig seien¹⁾. Der BGH hat bei einer gesellschaftsrechtlichen Problematik wie folgt argumentiert: Es ging dabei um die Anfechtung des Beschlusses der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft. Über diesen Rechtsstreit hatten sich die Parteien verglichen. Der BGH hielt eine solche Vereinbarung für unstatthaft. Die Parteien könnten sich über diesen Rechtsstreit allein schon deshalb nicht vergleichen, da das Gesetz für die Anfechtung des Beschlusses der Hauptversammlung die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts vorschreibe. Damit würde das Gesetz die streitige Frage der Parteiwillkür der Beteiligten entziehen²⁾. Der BGH verneint die Vergleichsberechtigung der Parteien allein aufgrund eines gesetzlich normierten aus

1) Renggli S. 7; Glossner S. 25 Rdn. 9; Lipps BB 1965, S. 312 (313).

2) BGH MDR 1951, S. 674.

schließlichen Gerichtsstandes. Aus dem unmißverständlichen Wortlaut des § 1025 ZPO müßte man ohne weiteres auch auf die mangelnde Schiedsfähigkeit schließen.

Aus der Entscheidung des BGH wird nicht deutlich, daß ihn die besonderen Gründe für den von § 246 Abs. 3 AktG vorgeschriebenen ausschließlichen Gerichtsstand zu der Ablehnung der Vergleichsbefugnis veranlaßt haben. Man kann aus seiner Formulierung schließen, daß er stets eine Vergleichsbefugnis ablehnt, wenn das Gesetz einen ausschließlichen Gerichtsstand vorschreibt. Dem scheint aber seine sonstige gerichtliche Praxis nicht zu entsprechen: Der BGH hat sich in zahlreichen Fällen mit Schiedssprüchen über wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten auseinanderzusetzen müssen¹⁾. Er hat regelmäßig die Schiedsfähigkeit wettbewerbsrechtlicher Streitigkeiten nach deutschem Recht bejaht, obwohl das GWB hierfür einen ausschließlichen Gerichtsstand vorschreibt. Daß diese ausschließliche Zuständigkeit nach den §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB die Schiedsfähigkeit überhaupt berühren könnte, spricht der BGH nicht an. Möglicherweise sieht die Rechtsprechung keinen Anlaß, sich hiermit auseinanderzusetzen, da der Gesetzgeber im GWB die Kartellschiedsgerichtsbarkeit als gegeben voraussetzt. Aber immerhin sah der BGH bei der oben genannten Materie in der ausschließlichen Zuständigkeit bestimmter Gerichte den Hauptgrund, die Vergleichsbefugnis der Parteien abzulehnen²⁾.

Ebenso glaubt Glossner, daß für die Schiedsgerichtsbarkeit in einem solchen Fall kein Raum

1) BGHZ 46, S. 365; WuW/E BGH 1000, 1004 "Fruchtsäfte"; WuW/E BGH 810, 815 "Zimcofot"; WuW/E BGH 523, 526 "Schotter"; WuW/E BGH 826 ff. "Schweißbolzen"; WuW/E BGH 1227 ff. "Eiskonfekt".

2) BGH MDR 1951, S. 674.

bleibe. Als Beispiel führt er Streitigkeiten über die Gültigkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen an¹⁾. Er hält Schiedsgerichtsvereinbarungen bei Streitigkeiten nach § 13 AGBG für unzulässig. Glossner wählt dies nur als Beispiel. Aus seiner Formulierung ist zu entnehmen, daß er in der fraglichen Konstellation stets von der Schiedsunfähigkeit der betreffenden Materie ausgeht. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man dem Gedanken Renggli folgt²⁾. Renggli fordert, daß die Vorschriften über die Zulässigkeit der Prorogation an ausländische staatliche Gerichte auch für die Zulässigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen gelten müßten. Er meint, daß die Gründe des Gesetzgebers für ein Prorogationsverbot auch für die Ablehnung der Schiedsgerichtsbarkeit beim gleichen Sachverhalt gelten müssen. Ein solches Prorogationsverbot nimmt er nur immer dann an, wenn ein Rechtsstreit unter eine zwingende inländische Zuständigkeitsnorm fällt³⁾. Da die Wahl eines anderen Gerichtsstandes im Inland ausgeschlossen sei, dürfe noch weniger einer im Ausland gewählt werden. Auf diese Weise verneint Renggli die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes ebenso wie Glossner und zum Teil der BGH bei Bestehen eines ausschließlichen Gerichts

1) GLOSSNER, S. 25 Rdnr. 9;
§ 14 Abs. 1 Satz 1 AGB-Gesetz: Für Klagen nach § 13 dieses Gesetzes ist das Landgericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen Wohnsitz hat. § 13 AGB-G regelt Unterlassung und Widerrufsansprüche, die durch Verbandsklagen geltend gemacht werden können.

2) RENGGLI, S. 7.

3) RENGGLI, S. 5.

standes¹⁾.

Diese Abhängigkeit sieht auch Lipps, der als einziger die §§ 87 ff. GWB ausdrücklich anspricht²⁾. Er wirft das Problem in einem anderen Zusammenhang auf, nämlich bei der Frage der Kompetenz-Kompetenz von privaten Schiedsgerichten bei Kartellstreitigkeiten³⁾. Er sieht in der Zulassung einer solchen Kompetenz-Kompetenz eine Umgehungsmöglichkeit des § 87 GWB. Denn § 87 GWB sei zu entnehmen, daß Kartellfragen nur von den in ihm genannten Kartellgerichten entschieden werden sollen, nicht einmal von anderen Gerichten des Zivilrechtsweges "geschweige von Schiedsgerichten"⁴⁾.

Entgegen dieser Auffassung kann man vertreten, daß eine vom Gesetz vorgeschriebene ausschließliche Zuständigkeit die Vergleichsbefugnis der Parteien und damit gem. § 1025 Abs. 1 ZPO die Schiedsfähigkeit nicht berühre⁵⁾.

-
- 1) GLOSSNER, S. 25; BGH MDR 1951, S. 674; wobei Renggli davon ausgeht, daß der größte Teil der Schiedsverträge über Handelssachen abgeschlossen wird. Bei den meisten Handelssachen gäbe es aber keine zwingenden Gerichtsstände. Seine Schlußfolgerung bliebe seiner Ansicht nach ohne große Konsequenzen für die Schiedsgerichtsbarkeit.
 - 2) LIPPS, S. 312 (313).
 - 3) Hierbei geht es um die Frage, ob Schiedsgerichte berechtigt sind über ihre eigene Zuständigkeit bei einer ihnen vorgelegten Streitigkeit selbstständig und abschließend zu entscheiden. Auf die Frage der Kompetenz-Kompetenz bei Kartellsachen wird noch einzugehen sein.
 - 4) LIPPS, S. 312, (313).
 - 5) So meist ohne nähere oder ohne jegliche Begründung und ohne Bezug auf eine besondere Materie: SCHLOSSER, Rdnr. 279; SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 23; ALBERS in Baumbach § 1025 Nr. 6 am Ende; SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 II 2 a.

Bei dem hier besonders zu berücksichtigenden Wettbewerbsrecht soll vom Wortlaut der §§ 87 Abs. 1, 96 Abs. 1 GWB ausgegangen werden. Während der § 87 Abs. 1 GWB nicht weiterhilft, spricht der § 96 Abs. 1 GWB von den "nach diesem Gesetz zur Entscheidung berufenen Gerichten" und schreibt deren ausschließliche Zuständigkeit fest. § 96 Abs. 1 GWB setzt also die "nach diesem Gesetz berufenen Gerichte" in eine Beziehung zu anderen Gerichten. Er sagt: diese, - die Kartellgerichte -, sind ausschließlich zuständig, andere Gerichte sind unzuständig. Ist man nun der Auffassung, daß zu diesen anderen Gerichten auch Schiedsgerichte gehören, würden diese natürlich dann durch die §§ 96 Abs. 1, 87 GWB von Kartellsachen ausgeschlossen. Es ist zweifelhaft, daß der Gesetzgeber dies so regeln wollte. Ein argumentum e contrario drängt sich schon aus der Existenz des § 91 Abs. 1 GWB auf. § 91 GWB setzt die Schiedsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten stillschweigend voraus¹⁾. § 91 GWB und die §§ 87, 96 GWB betreffen die gleichen Streitigkeiten. Wollte der Gesetzgeber durch die §§ 87, 96 GWB auch Schiedsgerichte von Kartellstreitigkeiten ausschließen²⁾, wäre die Regelung des § 91 GWB sinnlos. Deswegen ließe sich schon aus dem Zusammenhang der §§ 87, 96 GWB mit § 91 GWB auf die Schiedsfähigkeit trotz einer ausschließlichen Zuständigkeit schließen³⁾.

1) Siehe oben B I 2 b aa.

2) So aber LIPPS, S. 312 (313).

3) So auch ALTENMÜLLER, S. 31; SCHREVEN in Müller/Gießler § 96 Rdnr. 1.

Teilweise wird auch angenommen, daß jede ausschließliche Zuständigkeit, die gesetzlich vorgeschrieben ist, nur für staatliche Gerichte denkbar sei. Da private Schiedsgerichte nicht staatliche Gerichte seien, würden sie auch nicht von § 96 Abs. 1 GWB erfaßt¹⁾. Die Systematik und Aussage des GWB stützt, wie dargelegt, durch die Existenz des § 91 GWB diese Auffassung bezüglich der Auslegung der §§ 87, 96 Abs. 1 GWB.

Das Problem soll aber auch unabhängig von der Regelung des § 91 beleuchtet werden. Entscheidend ist der Sinn und Zweck der Regelung der §§ 87, 96 Abs. 1 GWB. Der Gesetzgeber hat in zahlreichen Normen auf den unterschiedlichsten Rechtsgebieten die ausschließliche Zuständigkeit bestimmter Gerichte vorgeschrieben²⁾. Diesen Regelungen liegen zum Teil reine Zwecküberlegungen, zum Teil ein besonderer Schutzgedanke zugrunde. Nur in diesem letzten Fall erscheint es unter Umständen gerechtfertigt, einen Zusammenhang zwischen ausschließlicher Zuständigkeit und Vergleichsbefugnis herzustellen. Nur wenn der Gesetzgeber aus höherwertigen Motiven eine Materie ganz dem Parteibelieben entziehen und deswegen unter eine ausschließliche Zuständigkeit stellen will, mag sich das möglicherweise auf die Vergleichsbefugnis und die Schiedsfähigkeit auswirken. Es ist daher zu fragen, ob hierin Sinn und Zweck der §§ 87, 96 I GWB liegen.

Dies ist jedoch nicht so. Die §§ 87 ff. GWB haben vielmehr für die Spezialmaterie Wettbewerbs-

1) Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 96 Rdnr. 2; SCHREVEN in Müller/Gießler § 96 Rdnr. 1; v. RENTHE gen. FINK in GK § 96 Rdnr. 3; WuW/E BGH 523, 527 "Schotter".

2) Es seien nur einige zivilrechtliche Normen beispielhaft genannt: §§ 6a AbzG; 246, 249 AktG; 61, 62 GmbHG; 24 UWG; der bereits erwähnte § 14 AGBG; zahlreiche Normen aus dem BGB: §§ 584, 606, 648, 665, 802, 1005, 1006 BGB.

recht eine Arbeitskonzentration innerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit zu ziehen. Sie sollen eine Zusammenfassung der zivilprozessualen Kartellrechtsachen bei besonders fachkundigen Gerichten und Spruchkörpern bewirken¹⁾. Gleichzeitig soll die Gerichtszuständigkeit in Kartellverwaltungssachen nach den §§ 62 ff. GWB und den Zivilprozessen aufeinander abgestimmt werden²⁾. In diesem Zusammenhang sind auch die §§ 96 Abs. 2 und 91 GWB zu sehen. Auf den noch zu untersuchenden § 96 Abs. 2 und seine Geltung in Schiedsverfahren soll hier nicht weiter eingegangen werden. Das Ziel des Gesetzgebers war es jedenfalls "nur", eine einheitliche Rechtsprechung in Kartellsachen durch die hierfür zuständigen Gerichte zu sichern. Deswegen sollten auch dann die Kartellgerichte ausschließlich entscheiden, wenn das GWB bei einer Vorfrage des Rechtsstreites von Bedeutung ist³⁾.

Der § 96 Abs. 2 GWB ergänzt somit die Zuständigkeitsregelung des GWB. Er liefert aber kein Argument für eine ausschließlich staatliche Gerichtsbarkeit in Kartellsachen, die jede Parteidisposition in diesen Streitigkeiten ausschließt⁴⁾. Der Normzweck der §§ 87, 96 Abs. 1 GWB liegt somit lediglich in einer Arbeitskonzentration, allenfalls noch in der Vereinheitlichung der Kartellrechtspflege⁵⁾. Nach

1) Reg. Begr. 1952, S. 29; Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker Vorbem. § 87 Rdnr. 2; SCHLOSSER, Rdnr. 281.

2) Karsten SCHMIDT aaO.

3) Zu § 71 Abs. 2 alte Fassung GWB Begründung 1952, S. 55; WuW/E BGH 354 "Gärungsgetränke".

4) So wohl auch zu verstehen: Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 87 Rdnr. 2.

5) So wohl auch SCHREVEN in Müller/Gießler § 96 Rdnr. 1.

diesen Überlegungen erscheint es weder grundsätzlich gerechtfertigt, aus einer vom Gesetz festgeschriebenen ausschließlichen Zuständigkeit für eine Materie auf eine mangelnde Vergleichsbefugnis der Parteien hierüber zu schließen. Ebensowenig wird bei Wettbewerbsstreitigkeiten durch die §§ 87, 96 Abs. 1 GWB die Vergleichsberechtigung und damit gemäß § 1025 ZPO die objektive Schiedsfähigkeit ausgeschlossen¹⁾.

(c) Grundsätze bei Streitigkeiten mit fehlender Vergleichsberechtigung auf Kartellstreitigkeiten zutreffend?

Die bisher aufgestellten Untersuchungen haben nicht ergeben, daß den Parteien bei Wettbewerbsstreitigkeiten die Vergleichsberechtigung i.S.d. § 1025 Abs. 1 ZPO fehlt.

1. Aus den gesetzlichen Bestimmungen insbesondere aus § 91 GWB läßt sich hierzu nichts entnehmen.
2. Daß Kartellstreitigkeiten von den zwingenden Normen des GWB bestimmt werden, beeinflußt die Schiedsfähigkeit nicht.
3. Die in den §§ 87, 96 Abs. 1 GWB vorgeschriebene ausschließliche Zuständigkeit der Kartellgerichte ist für die Vergleichsberechtigung ebenfalls bedeutungslos.

Möglicherweise ergeben sich aber aus den Bereichen, bei denen die Vergleichsberechtigung der Parteien anerkannt fehlt, allgemeine Grundsätze, die auch bei Kartellstreitigkeiten zutreffen. Deswegen soll bei diesen Bereichen kurz genannt werden, warum sie unstreitig nicht vergleichsfähig sind.

1) So im Ergebnis auch: Karsten SCHMIDT in Immen-
ga/Mestmäcker Vorbem. § 87 Rdnr. 2, § 96 Rdnr. 2;
ALTENMÜLLER S. 31; SCHREVEN in Müller/Gießler §
96 Rdnr. 1; SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S.
23; ALBERS in Baumbach § 1025 Nr. 6; SCHLOSSER in
Stein/Jonas § 1025 II 2 a; SCHLOSSER Rdnr. 279
ff.

- Bei Auflösung einer Ehe sowie bei Streitigkeiten über Kindschaftsverhältnisse gilt ein Vergleich zwischen den Parteien und somit auch ein Schiedsverfahren als unstatthaft¹⁾. Dies wird damit begründet, daß dem Staat das gesamte Verfahren in Ehe- und Kindschaftssachen vorbehalten ist²⁾. Dies ist sicher nur vordergründige Begleiterscheinung. Dem Interesse an der vom Staat kontrollierten Sachaufklärung liegt letztlich die einschneidende Wirkung für den persönlichen Status des Betroffenen zugrunde³⁾.
- Ähnlich liegt es bei Streitigkeiten über die Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen, die eine Erbeinsetzung enthält. Auch hier ergibt sich aus dem Schutz des letzten Willen des Verstorbenen ein elementares Interesse des Staates an eigener Sachaufklärung, das Schiedsverfahren verbietet⁴⁾.
- Der Schutz des in der Regel sozial schwächeren Mieters steht hinter dem § 1025 a ZPO, der ein Ausweichen in die Schiedsgerichtsbarkeit verhindern soll⁵⁾.
- Auch bei bestimmten Zwangsvollstreckungssachen insbesondere bei Streitigkeiten über Arrest und einst-

1) Vgl. SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 III 1.

2) ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1025 6 A.

3) So auch KORNMEYER, S. 68 ff. mit Hinweis auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften der §§ 616, 617, 640, 653 ZPO, die den Untersuchungsgrundsatz in diesen Angelegenheiten festschreiben.

4) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 III 1; KOHLER, Schiedsklausel, S. 125 (129) mit Hinweis auf § 2065 BGB.

5) § 1025 a S. 1 ZPO:

Ein Schiedsvertrag über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen, ist unwirksam.

Vgl. ALBERS in Baumbach/Lauterbach, § 1025 a.

weiliger Verfügung ist die Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen. Dies wird damit begründet, daß es dabei um die Einwirkung auf einen Hoheitsakt gehe. Dies aber müsse der Staat selbst ausführen und könne es nicht privaten Schiedsgerichten überlassen¹⁾. Zum Teil wird hier auch mit einem argumentum a maiore ad minorem gearbeitet: Da der Schiedsspruch kein geeigneter Titel zur Zwangsvollstreckung sei, müsse man die privaten Gerichte insgesamt im Bereich der Zwangsvollstreckung ausschließen. Wenn ein Schiedsspruch schon nicht selbständig vollstreckbar sei, dann könne ein Schiedsgericht erst recht nicht befugt sein, Hoheitsakte zu untersagen²⁾. Auch hier steht ein erhebliches Interesse Dritter, bzw. der Öffentlichkeit hinter der fehlenden Vergleichsberechtigung³⁾.

- Der soziale Schutz des Arbeitnehmers wird der Grund dafür sein, daß bei arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten gemäß § 101 ArbGG Schiedsgerichtsvereinbarungen nur in sehr viel engerem Rahmen zulässig sind⁴⁾.
- Nicht schiedsfähig sind weiter Streitigkeiten über Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften und GmbH⁵⁾. Dies wird sowohl aus ihrer Bedeutung für die Rechte der Mitglieder und wirtschaft-

1) ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1025 6 A; SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 III 1; KORNMEYER, S. 70, der mit Hinweis auf die § 767, 771 ZPO auch hier den Grund in der Einwirkung auf ein Hoheitsakt sieht. Der Staat wolle deswegen das Verfahren unter Kontrolle halten, um ein "beziehungslosen Nebeneinander" von Verfahren zu vermeiden.

2) OLG München BB 1977, S. 674.

3) ROTH, S. 154.

4) Vgl. GRUNSKY § 101 Rdnr. 1.

5) Vgl. schon BGH MDR 1951, S. 674.

lich Beteiligten begründet¹⁾ als auch aus einem öffentlichen Interesse²⁾.

- Das Offizialprinzip wird schließlich bei Streitigkeiten, die unter die freiwillige Gerichtsbarkeit fallen, als Grund dafür genannt, daß schiedsgerichtliche Entscheidungen auch auf diesem Gebiet unstatthaft sind³⁾. Das staatliche Gericht ermittle hier auf Antrag von Amts wegen. Daß ohne Antrag keine Ermittlung stattfinden könne, sei unerheblich, denn nach Antragstellung gelte der Offizialbetrieb in vollem Umfang. Es bleibe kein Raum daneben für eine andere Stelle mit bindender Wirkung⁴⁾.

Aus den genannten Materien, über die Schiedsgerichte nicht entscheiden dürfen, lassen sich drei Grundsätze herausfiltern, die nach Kornmeyer stets vorliegen, wenn der Staat Interesse an einem Rechtsprechungsmonopol hat:

1. wenn die Offizialmaxime gilt, also insbesondere der Streitgegenstand ein von Amts wegen einzuleitendes Verfahren berührt,

1) VOLLMER, S. 68 ff.; BGH MDR 1951, S. 674.

2) So eingehend KORNMEYER, S. 97 ff. zum Jahresabschluß bei der AG in der Hauptversammlung. Der Jahresabschluß sei Grundlage für die Steuerbilanz und damit für das von Amtswegen durchgeführte Besteuerungsverfahren. Der Staat habe ein verfahrensrechtlich motiviertes Interesse an der Aufklärung steuerlich relevanter Sachverhalte. Deswegen könnten unmittelbar staatlicher Kontrolle entzogene Schiedsverfahren nicht toleriert werden. Streitigkeiten hierüber müssen vor den staatlichen Gerichten ausgetragen werden. Im Ergebnis ebenso SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 III 1.

3) So ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1025 Rdnr. 8, der als nicht schiedsfähig noch Streitigkeiten nach § 81 PatG, § 53 Abs. 2 KWG aufzählt; KORNMEYER S. 69; auch schon RGZ 133, S. 128 (133).

4) RGZ 133, S. 128 (133).

2. wenn der Untersuchungsgrundsatz gilt.
3. wenn es um Einwirkung auf einen Hoheitsakt geht¹⁾.

Vermögen diese drei Grundsätze zur Schiedsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten etwas auszusagen? Auch diese drei Grundsätze sind kein Selbstzweck. Sie gelten, das hat sich bei allen genannten Beispielen mangelnder Schiedsfähigkeit bestätigt, wenn Belange der Allgemeinheit und schützenswerte Interessen Dritter dies gebieten, wobei diese Dritten von dem Rechtsstreit unmittelbar betroffen sein müssen. Da diese Grundsätze aber regelmäßig dann vorliegen, wenn Schiedsvereinbarungen unstatthaft sind, können sie zumindest ein Indiz für die Schiedsfähigkeit einer Materie sein. Betrachtet man nun das Kartellrecht diesbezüglich, dann scheidet der Gesichtspunkt der Einwirkung auf einen Hoheitsakt von vorneherein aus. Dies wäre im Rahmen des GWB nur denkbar in Gestalt einer Streitigkeit zwischen Parteien über die Verfügung einer Kartellbehörde²⁾. Streitigkeiten über Inhalt oder Bestand einer solchen Verwaltungsentscheidung unterliegen natürlich nicht der Parteidisposition.

Bei Offizialmaxime und beim Untersuchungsgrundsatz könnte man auf den ersten Blick vermuten, daß beides auch im Bereich des Wettbewerbsrechts gilt. Die Einleitung eines Verfahrens vor den Kartellbehörden richtet sich nach § 51 Abs. 1 GWB³⁾.

-
- 1) KORNMEYER, S. 74; unklar insofern, da er differenziert zwischen Offizialmaxime und von Amts wegen einzuleitendem Verfahren. Letzteres wird grundsätzlich von dem begrifflichen Inhalt der Offizialmaxime umfaßt: vgl. GRUNSKY Grundlagen, S. 74.
 - 2) Dieses rein theoretische Beispiel soll nicht weiter vertieft werden.
 - 3) § 51 Abs. 1 GWB:
Die Kartellbehörde leitet ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag ein.

Es besteht sogar eine Pflicht zum Einleiten eines Verfahrens von Amts wegen, wenn das Gesetz dies durch eine "Muß-Vorschrift" bestimmt¹⁾. Für die Durchführung des von Amts wegen eingeleiteten Verfahrens gilt § 54 Abs. 1 GWB. Die Ermittlungen und Beweiserhebungen sind von Amts wegen durchzuführen²⁾. Es gilt in vollem Umfang der Untersuchungsgrundsatz. Eine entsprechende Ergänzung ergibt sich bei Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörde. Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht richtet sich nach § 69 Abs. 1 GWB³⁾. Ebenso wie vor den Kartellbehörden herrscht der Untersuchungsgrundsatz. Im Gegensatz zu der im Zivilprozeß grundsätzlich herrschenden Verhandlungsmaxime hat das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären und ist nicht an den Vortrag der Parteien gebunden⁴⁾. Es treffen also sogar zwei der oben herausgearbeiteten Grundsätze zu. Dennoch erscheint eine Konsequenz heraus für die Schiedsfähigkeit bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechtes zweifelhaft. Mit der Betonung auf "bürgerlich-rechtlich" steht das Argument schon im Raum. Auch bei der Frage der Schiedsfähigkeit wirkt sich die Eigenart des Wettbewerbsrechts als "Zwitter" aus Verwaltungsrecht und Zivilrecht aus.

- 1) SCHREVEN in Müller/Gießler § 51 Rdnr. 2; SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 51 Rdnr. 7 m.w.N.; vgl. hierzu §§ 2, 3, 12, 31 Abs. 2, 22, 104, 11 Abs. 5 GWB.
- 2) SCHREVEN in Müller/Gießler § 54 Rdnr. 1: Die Formulierung "kann" in § 54 Abs. 1 GWB sei daher unglücklich.
- 3) § 69 Abs. 1 GWB:
Das Beschwerdegericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen.
- 4) SCHREVEN in Müller/Gießler § 69 Rdnr. 1; SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 69 Rdnr. 1.

Die oben genannten §§ 51, 54, 69 GWB gelten eben nur bei Kartellverwaltungssachen. Sie gelten - man möchte fast sagen selbstverständlich - nicht bei den bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten, die sich aus dem GWB, aus Kartellverträgen oder Kartellbeschlüssen ergeben. Für sie als Handelssachen sind die normalen zivilprozeßrechtlichen Verfahrensgrundsätze maßgebend¹⁾. Nur Schiedsvereinbarungen über diese Streitigkeiten werden hier untersucht. Verwaltungsverfahren von Kartellbehörden werden aber von den bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen den Parteien nicht berührt. Die dort herrschende Offizialmaxime und der Untersuchungsgrundsatz können daher auch kein Indiz für mangelnde Schiedsfähigkeit in bürgerlich-rechtlichen Kartellstreitigkeiten sein.

Es bleibt noch Raum für den Gedanken, daß schützenswerte Interessen betroffener Dritter oder Belange der Allgemeinheit gegen die Schiedsfähigkeit von Kartellstreitigkeiten sprechen. Die von den Schiedsvereinbarungen umfaßten Streitigkeiten wirken sich nur zwischen den beteiligten Parteien unmittelbar aus. Dritte können hiervon nicht unmittelbar betroffen werden. Soweit dies mittelbar eventuell durch Wettbewerbsverhalten der streitenden Parteien geschieht, wird das allgemeine Interesse des Staates an der Einhaltung der Wettbewerbsordnung berührt. Dieses öffentliche Interesse an der Wahrung der unverzichtbaren materiellen Norm wird aber durch die ordre public-Kontrolle der §§ 1041 Abs. 1 Nr. 2, 1044 a Abs. 2 ZPO gesichert²⁾. Man kann nun an der Wirksamkeit und dem Umfang dieser nachträglichen Kontrolle zweifeln, insbesondere im Hinblick auf die Nichtöffentlichkeit von Schiedsverfahren und auf die freiwillige Erfüllung von Schiedssprüchen. Doch handelt

1) Vgl. § 87 Abs. 2 GWB.

2) Vgl. KORNMEYER, S. 38 ff.

es sich dabei um ein Problem der Schiedsgerichtsbarkeit an sich und nicht um eine Eigenart der Kartellschiedsgerichtsbarkeit. Nachdem die Rechtsordnung die Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich und, wie festgestellt, auch bei Materien, die durch zwingende Normen bestimmt werden, zuläßt, kann das allgemeine öffentliche Interesse an der Wahrung der Wettbewerbsordnung für die Frage der Schiedsfähigkeit eben keine Bedeutung haben.

Somit bleibt festzuhalten, daß die Grundsätze, die bei Streitigkeiten mit anerkannt fehlender Vergleichsberechtigung vorliegen, auf Kartellstreitigkeiten nicht zutreffen. Gründe, die gegen eine Vergleichsberechtigung bei Wettbewerbsstreitigkeiten sprechen könnten, konnten nicht durchgreifen. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung hat sich ergeben, daß Parteien bei diesen Streitigkeiten vergleichsberechtigt sind und somit Schiedsvereinbarungen grundsätzlich auf diesem Gebiet wirksam vereinbaren können.

c) Schiedsfähigkeit bei § 13 Abs. 1 GWB¹⁾

Nachdem die grundsätzliche Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten geklärt wurde,

1) § 13 GWB:

Jeder Beteiligte kann Verträge oder Beschlüsse der in den § 2-8 bezeichneten Art aus wichtigem Grund fristlos schriftlich kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ...

Die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines wichtigen Grundes kann nur durch Klage innerhalb von 4 Wochen nach Zugang der Kündigung geltend gemacht werden.

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht oder Rücktrittsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider rechtlich oder wirtschaftlich eingeschränkt wird, ist nichtig.

bleibt diesbezüglich noch zu untersuchen, ob der Gesetzgeber nicht durch die spezielle Regelung des § 13 Abs. 1 GWB die Schiedsgerichtsbarkeit zumindest für Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Kündigung eines Kartellvertrages ausgeschlossen hat. Der Wortlaut des § 13 Abs. 1 Satz 3 besagt nicht, daß die Kündigung nur vor einem staatlichen Gericht erhoben werden darf. Er läßt also auch eine Klage vor einem Schiedsgericht zu. Methodisch bleibt daher für eine andere Auslegung des § 13 Abs. 1 Satz 3 GWB kein Raum. Dennoch wird vertreten, daß für die Kündigungsklage Schiedsgerichtsentscheidungen unstatthaft sind¹⁾.

Begründet wird dies mit der Entstehungsgeschichte des § 13 GWB. Schon nach § 8 KartVO von 1923 hatten die Kartellmitglieder ein fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grund. § 8 KartVO schloß die Schiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich aus²⁾. Der auf § 8 KartVO beruhende § 13 GWB schließe die Schiedsgerichtsbarkeit nur deshalb nicht aus, da das GWB die Beteiligung der Kartellbehörden durch Gerichte in § 90 GWB vorschreibe³⁾. Da nun der § 90 GWB in der Praxis nicht auf Schiedsgerichte angewandt werde, die Kartellbehörden also bei einer Kündigungsklage vor einem Schiedsgericht im Zweifel nicht beteiligt oder benachrichtigt würden, sei hier die schiedsrichterliche Entscheidung nicht erlaubt. Das Verfahren vor einem staatlichen Gericht werde dem Verfahren vor einem möglicherweise einseitig besetzten Schiedsgericht besser gerecht⁴⁾.

1) ALTENMÜLLER, S. 33.

2) § 8 KartVO:
... darüber, ob die Kündigung zulässig war, entscheidet im Streitfall das Kartellgericht.

3) ALTENMÜLLER, S. 33.

4) ALTENMÜLLER a.a.O.

Das zuletzt Genannte ist aber keine Eigenart von Kündigungsklagen vor Schiedsgerichten, sondern betrifft die Grundsatzfrage nach der Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit. Diese Frage hat der Gesetzgeber positiv beantwortet. Weiterhin ist, wie Altenmüller selbst einlenkt, hier auch stets § 91 GWB anwendbar, so daß die Parteien ein Wahlrecht haben zwischen staatlichem und Schiedsgericht¹⁾. Auch das Argument fehlender Beteiligung der Kartellbehörde im Falle der schiedsrichterlichen Entscheidung überzeugt nicht. Der Gesetzgeber hat nämlich eine Mitwirkung der Kartellbehörde in § 13 GWB bewußt nicht vorgesehen²⁾. Nach Auffassung des Bundesrates und des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik widerspreche es dem Grundgedanken des Gesetzes, Sprengungsversuche gegenüber Kartellen hierdurch noch zu erschweren³⁾. Im übrigen ist die Vergleichbarkeit des § 13 GWB und des § 8 KartVO schon deshalb fraglich, da das GWB anders als die Kartellverordnung ein grundsätzliches Kartellverbot vorsieht.

- 1) Insofern unverständlich IMMENGA in Immenga/Mestmäcker § 13 Rdnr. 2. Er hält eine Klage vor einem Schiedsgericht nur dann für ausreichend, wenn darüber zwischen den Parteien eine Vereinbarung nach Entstehen des Streites getroffen wurde. Der Kündigende müsse das Recht haben, eine Entscheidung durch ein staatliches Gericht herbeizuführen. Warum er dieses Recht nur bei nachträglichen Vereinbarungen gewährleistet sieht und nicht auch bei Schiedsvereinbarungen im Kartellvertrag selbst, sagt Immenga nicht. Im Hinblick auf § 91 GWB hätten die Parteien aber auch im letzteren Fall ein entsprechendes Wahlrecht. Die Gefahr, daß § 91 GWB mangels Vorhersehbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Relevanz bei Abfassung der Schiedsvereinbarung nicht beachtet wird, ist bei den Verträgen nach §§ 2-8 GWB naturgemäß nicht gegeben.
- 2) Abgesehen von einer möglichen Mitteilung gem. § 13 Abs. 2 Satz 3 GWB.
- 3) SCHREVEN in Müller/Gießler § 13 Rdnr. 1.

Demnach bleibt festzuhalten, daß der Gesetzgeber auch für den speziellen Fall des § 13 Abs. 1 Satz 3 GWB die Geltendmachung einer Klage vor einem Schiedsgericht nicht ausgeschlossen hat¹⁾. Es ist schließlich auf die verhältnismäßig geringe Bedeutung der Vorschrift § 13 GWB hinzuweisen, da das GWB Kartelle im Sinne der §§ 2-8 GWB ohnehin nur noch ausnahmsweise gestattet²⁾.

d) Die Schiedsfähigkeit in den internationalen Vereinbarungen

Betrachtet man die Argumente, die nach wie vor gegen die Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten allein nach deutschem Recht vorgetragen werden, dann wundert es nicht, daß zahlreiche andere Rechtsordnungen der Kartellschiedsgerichtsbarkeit ebenfalls skeptisch gegenüberstehen, sie zum Teil ganz untersagen³⁾. Bedenkt man nun, daß in 80 % der Verträge des internationalen Handels Schiedsgerichtsvereinbarungen enthalten sind⁴⁾, und denkt man an den zunehmenden Anteil kartellrechtlich relevanter Verträge, dann werden die Probleme deutlich, die sich aus den unterschiedlichen Vorstellungen der verschiedenen Rechtsordnungen für die Praxis ergeben können. Man sollte annehmen, daß dem Bedürfnis nach Lösung dieser Probleme in den zahlreichen internationalen Vereinbarungen über die Schiedsgerichtsbarkeit Rechnung getragen wird. Denn nur ein vereinheitlichtes, die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen überwindendes Sach-, Verfahrens- oder Kollisionsrecht stellt sicher, daß die mit der Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Handelsver-

1) So ebenfalls: LANGEN § 13 Rdnr. 7.

2) IMMENGA in Immenga/Mestmäcker, § 13 Rdnr. 2.

3) Vgl. zum französischen Recht, SANDROCK, Handbuch Bd. 2, Rdnr. 61; zum schweizer Konkordat ders. a.a.O. Rdnr. 73; bezüglich USBundesrechts ders. a.a.O. Rdnr. 77; für japanisches Recht ders. a.a.O. Rdnr. 84.

4) Schätzung Fouchards, S. 54.

kehr verbundenen Ziele und Erwartungen auch tatsächlich verwirklicht werden¹⁾). Daher sollen hier die Regelungen der Schiedsfähigkeit in den internationalen Vereinbarungen näher untersucht werden. Im Vordergrund werden die multilateralen Vereinbarungen - GA, GP, UNÜ und EÜ - stehen, deren sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich zunächst geklärt werden soll.

aa) Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich von GA²⁾, GP³⁾, UNÜ⁴⁾ und EÜ⁵⁾

Der persönliche Anwendungsbereich des Genfer Protokolls ergibt sich aus Artikel 1 GP, der des Genfer Abkommens aus Art. 1 GA. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des GA wie auch des GP auf einen internationalen Rechtsstreit ist, daß der Gerichtsstand jeder Streitpartei in einem anderen Unterzeichnerstaat liegt. Das GA und auch das GP wären also zum Beispiel bei einem Rechtsstreit anwendbar, wenn der allgemeine oder besondere Gerichtsstand des Klägers in der Schweiz und der des Beklagten in den USA läge. Die Schweiz und die USA sind Unterzeichnerstaaten des GA. Es genügt hiernach nicht, wenn die Vertragspartner den Sitz des Schiedsgerichts in einen Unterzeichnerstaat legen⁶⁾. Das Genfer Abkommen als Vollstreckungsabkommen verlangt dazu noch, daß der

- 1) SANDROCK, Handbuch, Bd. 2, S. 891.
- 2) Genfer Abkommen zur Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 26. September 1927 Reichsgesetzblatt 1930 II, S. 1068.
- 3) Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 23. September 1923 Reichsgesetzblatt 1925 II, S. 47.
- 4) Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958; BGBI. 1961 II S. 122.
- 5) Das europäische Übereinkommen über die Handelschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961.
- 6) Streitig; SANDROCK, Handbuch Bd. 2, S. 891 Anm. 1 b.

Schiedsspruch auf dem Gebiet eines der Unterzeichnerstaaten ergangen ist¹⁾. Der sachliche Anwendungsbereich des Genfer Abkommens richtet sich gemäß Art. 1 GA nach dem des Genfer Protokolls: Dieses ist gemäß Art. 1 Abs. 1 GP anwendbar grundsätzlich auf alle schiedsfähigen zivilrechtlichen Streitigkeiten. Das GA gilt daher für die Vollstreckung von all den Schiedssprüchen, welche in zivilrechtlichen und im Sinne des GP schiedsfähigen Streitigkeiten ergangen sind. Falls der betreffende Staat ein Handelssachenvorbehalt gemacht hat, ist das GA und damit auch das GP nur auf Handelssachen anzuwenden. Wird ein Handelssachenvorbehalt relevant, taucht sofort die Frage auf, wonach entschieden wird, ob im betreffenden Fall eine Handelssache vorliegt. Dies soll nach der maßgebenden nationalen Rechtsordnung ausgelegt werden²⁾. Es ist nur sinnvoll, als die maßgebende nationale Rechtsordnung die desjenigen Staates anzusehen, der den Handelssachen-Vorbehalt macht.

Als nächstes sollen sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens behandelt werden. Der persönliche Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens richtet sich nach Art. 1 Abs. 1 UNÜ. Hiernach sind zwei Kriterien maßgeblich. Entweder ist der Schiedsspruch in einem anderen als dem Vollstreckungsstaat ergangen, wobei der Vollstreckungsstaat Unterzeichner des UN-Übereinkommens sein muß. Oder der Schiedsspruch ist zwar auch im Vollstreckungsstaat ergangen, wird dort jedoch als ausländischer Schiedsspruch angesehen. Auch hier muß der Vollstreckungsstaat - natürlich - Vertragsstaat

1) Vgl. Art. 1 GA am Ende vor a; zu den Unterzeichnerstaaten gehören neben den meisten westeuropäischen Staaten auch Japan und einige Länder des Ostblocks.

2) SANDROCK, Handbuch Bd. 2, S. 891, 892.

des UNÜ sein¹⁾. Frankreich, Großbritannien, Japan, Italien, die Schweiz, die USA, die Ostblockländer sowie die Bundesrepublik Deutschland haben als wichtige Industrienationen das UN-Übereinkommen unterzeichnet.

Der sachliche Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens ergibt sich ebenso aus Art. 1 Abs. 1 UNÜ. Es besteht wiederum die Möglichkeit für die Unterzeichnerstaaten, gemäß Art. 1 Abs. 3 UNÜ den Handelssachenvorbehalt zu erklären. Hier sagt Art. 1 Abs. 3 UNÜ im letzten Halbsatz ausdrücklich, daß sich die Frage, was eine Handelssache ist, nach dem innerstaatlichen Recht des Vorbehaltstaates richtet.

Schließlich sind persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des europäischen Übereinkommens zu untersuchen. Der persönliche Anwendungsbereich des europäischen Übereinkommens ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 a EÜ. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des europäischen Übereinkommens ist, daß die Vertragsparteien bei Abschluß der Schiedsvereinbarung ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Unterzeichnerstaaten haben. Als Sitz eines Unternehmens wird gemäß Art. 1 Abs. 2 c EÜ der Ort verstanden, an dem sich die Niederlassung befindet, welche die Schiedsvereinbarung geschlossen hat. Neben den Ostblockländern haben als wesentliche Industrienationen Italien, Frankreich und die Bundesrepublik Deutschland das Übereinkommen unterzeichnet.

1) Im UN-Übereinkommen findet sich in Art. 1 Abs. 3 Satz 1 ebenfalls ein Territorialitätsvorbehalt. Jeder unterzeichnende Staat kann deswegen die Anwendbarkeit auf solche Schiedssprüche beschränken, die gleichfalls in einem Unterzeichnerstaat ergangen sind.

Der sachliche Anwendungsbereich des europäischen Übereinkommens ist gemäß Art. 1 Abs. 1 a EÜ von vorneherein auf Streitigkeiten aus internationalen Handelsgeschäften beschränkt. Anders als bei den bisher erwähnten Abkommen richtet sich beim europäischen Übereinkommen die Frage, was ein Handelsgeschäft ist, nicht nach einer - wie auch immer zu bestimmenden - nationalen Rechtsordnung. Das internationale Handelsgeschäft bildet vielmehr einen eigenständigen Begriff¹⁾ und bezeichnet jedes Geschäft, das auf grenzüberschreitenden Waren- und Dienstleistungsaustausch gerichtet ist²⁾. Dies zeigt, daß die Auslegung des Begriffes Handelsgeschäft keineswegs selbstverständlich nach den nationalen Rechtsordnungen folgen muß.

Die zahlreichen bilateralen Abkommen müssen bei der hier vorgenommenen Untersuchung außer Betracht bleiben. Hingewiesen werden soll lediglich auf das deutsch-schweizerische Übereinkommen, das in Art. 9 die Geltung des Genfer Vollstreckungsabkommens mit einem erweiterten persönlichen Anwendungsbereich bestimmt. Die Beschränkungen des Art. 1 Abs. 1 GA entfallen. Das Genfer Vollstreckungsabkommen ist damit auf alle in Deutschland oder der Schweiz ergangenen Schiedssprüche anzuwenden.

bb) Das Verhältnis der Abkommen zueinander

Um zu wissen, welche Regelungen über die Schiedsfähigkeit in den völkerrechtlichen Vereinbarungen im Streitfall relevant werden können, ist das Verhältnis der Vereinbarungen zueinander zu klären.

1) Sogenannte autonome Auslegung.

2) Vgl. dazu näher SANDROCK, Handbuch, Bd. 2, S. 896.

(1) GA-UNÜ

Art. 7 Abs. 2 UNÜ bestimmt das Zurücktreten des Genfer Abkommens, soweit daneben auch das UN-Übereinkommen anwendbar ist.

(2) GA-EÜ

Wenn sowohl das Genfer Abkommen als auch das europäische Übereinkommen anwendbar sind, ergeben sich verschiedene Möglichkeiten. Einerseits läßt Art. 10 Abs. 8 EÜ ältere Abkommen unberührt. Das ältere Genfer Abkommen wäre demnach auch neben dem europäischen weiterhin anwendbar¹⁾. Umgekehrt läßt Art. 5 GA auch die Berufung auf ein günstigeres anderes Abkommen zu, so daß sich die Parteien die günstigere von beiden Vereinbarungen aussuchen können. Allerdings gilt häufig neben dem europäischen Übereinkommen auch das UN-Übereinkommen, womit dann regelmäßig gemäß Art. 7 Abs. 2 UNÜ das Genfer Abkommen ausscheidet.

(3) UNÜ-EÜ

Auch im Verhältnis zwischen UN-Übereinkommen und europäischen Übereinkommen gilt ähnliches: Art. 10 Abs. 7 EÜ gestattet das Nebeneinander beider Ab-

1) Daten der Abkommen: GA vom 26.9.1927, EÜ vom 21.4.1961.

kommen. Damit wird wiederum Art. 7 Abs. 1 UNÜ "aktiv". Aufgrund seiner Meistbegünstigungsklausel können sich die Parteien auf das im Einzelfall günstigere Abkommen berufen. Andererseits gilt im Falle nichtkonkurrierender Vorschriften die "Lex posterior". Entscheidend ist hierfür das Datum der Ratifizierung des jeweiligen Abkommens. Schließlich sei nur kurz darauf aufmerksam gemacht, daß in der Praxis nicht nur das Verhältnis der internationalen Abkommen untereinander relevant werden kann. Neben den internationalen Übereinkommen behalten die nationalen Rechtsordnungen in weiten Bereichen ihre Bedeutung. Die zahlreichen Verweisungen in den Übereinkommen auf das nationale Recht sollen hier nicht näher genannt werden. Soweit Regelungen des anwendbaren nationalen Rechts und eines internationalen Übereinkommens miteinander konkurrieren, muß auch in diesem Verhältnis der Grundsatz der Meistbegünstigung gelten¹⁾. Es besteht kein Anlaß, die Erleichterung, die dieser Grundsatz bei der Anwendung zweier Abkommen mit sich bringt, nicht auch hier zuzulassen.

cc) Schiedsfähigkeitsregelungen in den einzelnen Abkommen

Zunächst werden die Regelungen der Abkommen genannt, bei denen in irgendeiner Form die Schiedsfähigkeit von Bedeutung sein kann.

1) Siehe Meistbegünstigungsklausel in Art. 5 Abs. 1 GA, Art. 7 Abs. 1 UNÜ.

(1) GP, GA

Art. 1 GA lautet:

"Jeder der vertragsschließenden Parteien erkennt Schiedsabreden und Schiedsklauseln in Handelssachen und anderen Angelegenheiten, bei denen eine Regelung durch vertraglich vereinbarte Schiedsverfahren zulässig ist, ... als gültig an, ..."

Art. 4 GP lautet:

"Wenn den Gerichten der vertragsschließenden Staaten ein Rechtsstreit aus einem Vertrag zwischen den unter Art. 1 erwähnten Personen unterbreitet wird und der Vertrag eine Schiedsabrede oder Schiedsklausel enthält, die nach der genannten Art gültig ist, ..."

Art. 1 Abs. 2 GA lautet:

"Zu dieser Anerkennung ist ferner notwendig:

- a) daß der Schiedsspruch aufgrund einer Schiedsabrede oder einer Schiedsklausel ergangen ist, die nach der auf sie anwendbaren Gesetzgebung gültig sind;
- b) daß nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird, der Gegenstand des Schiedsspruches einen schiedsgerichtlichen Verfahren unterworfen werden kann;
- c) daß die Anerkennung oder Vollstreckung des Schiedsspruches nicht der öffentlichen Ordnung oder den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes des Landes, in dem er geltendgemacht wird, widerspricht."

Art. 2 GA hat folgenden Wortlaut:

" ... ist die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen, wenn der Richter feststellt,

a) daß der Schiedsspruch in dem Lande, in dem er ergangen ist, für nichtig erklärt worden ist;

Das Genfer Abkommen und das Genfer Protokoll enthalten somit zusammen 5 Regelungen, bei denen die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes relevant werden kann. Das Genfer Protokoll spricht von der Zulässigkeit einer Regelung durch Schiedsverfahren und von der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung. Jeweils mitentscheidend ist hierbei die Schiedsfähigkeit. Das Genfer Protokoll ist indifferent bezüglich des Rechts, das für die Schiedsfähigkeit maßgeblich sein soll.

Das Genfer Abkommen spricht in Art. 1 Abs. 2 Zif. a von der anwendbaren Gesetzgebung, legt aber nicht fest, welche das ist. Bei Zif. b wird das Genfer Abkommen konkret. Der Streitgegenstand muß nach dem Recht des Vollstreckungsstaates schiedsfähig sein. In Zif. c wird die Anerkennung und Vollstreckung an den ordre public des Vollstreckungsstaates gebunden. Auch hier kann sich die Frage der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes stellen, wenn der ordre public diese umfaßt. Schließlich kann auch in Art. 2 die Schiedsfähigkeit bedeutsam werden: Das Land, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, kann diesen wiederum wegen mangelnder Schiedsfähigkeit für nichtig erklären, wobei hier nicht unbedingt dessen eigene Rechtsordnung maßgeblich zu sein braucht. Das Fazit dieser Regelungen ist: Soweit das Genfer Protokoll Regelungen enthält, für welche die Schiedsfähigkeit relevant sein kann, legt das GP die dafür maßgebliche Rechtsordnung nicht fest. Das Genfer Abkommen dagegen verlangt in Art. 1 Abs. 2 Zif. b auf jeden Fall die Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates.

Art. 1 Abs. 2 Zif. b des Genfer Abkommens hat damit Einfluß auf die Formulierung der Schiedsvereinbarung. Für die Parteien empfiehlt es sich, schon bei Vertragsschluß zu prüfen, ob der Streitgegenstand nach dem Recht der in Betracht kommenden Vollstreckungsstaaten schiedsfähig ist. Denn die Schiedsvereinbarung wäre sinnlos, wenn ein auf ihr beruhender Schiedsspruch nach diesen Rechtsordnungen nicht anerkennungs- und vollstreckungsfähig ist¹⁾.

An die Möglichkeit, daß es gar nicht zu einem Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren kommt, da der Schiedsspruch freiwillig erfüllt wird, ist hierbei allerdings zu erinnern²⁾. Doch kann dies für die Vertragsparteien eine unsichere und unbefriedigende Aussicht bleiben, die nicht Grundlage einer Schiedsvereinbarung sein sollte. Dies muß umso mehr gelten, wenn man die Regelung des Art. 1 Abs. 2 Zif. b des Genfer Abkommens auch auf den Anwendungsbereich des Genfer Protokolls ausdehnt. Denn dann wäre die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung in welchem Verfahrensabschnitt auch immer an die Schiedsfähigkeit nach der lex fori des prüfenden Gerichts gebunden. Dies wäre selbst dann so, wenn in einem anderen Land vollstreckt werden soll und daher für den prüfenden Richter nicht unbedingt Veranlassung besteht, die mangelnde Schiedsfähigkeit nach seiner lex fori zu berücksichtigen³⁾.

1) SANDROCK, Handbuch Band 2, S. 906 Rdnr. 48.

2) FOUCHARDS S. 54.

3) So SCHLOSSER, Rdnr. 311 a.E.; kritisch dagegen MEZGER, RabelsZ 24, S. 222 (237-239): Die Berücksichtigung des Rechts des Anerkennungsstaates sei nur im Genfer Abkommen, nicht im Genfer Protokoll postuliert. Der ohnehin nicht sachdienliche Artikel 1 Abs. 2 Zif. b GA sei nicht auch noch auf das GP auszudehnen. Im übrigen genüge grundsätzlich der ordre public-Schutz. Die Bindung an die gesamte nationale Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates sei unnötig. Denn der ordre public des Vollstreckungsstaates sei nur zuweilen, nicht immer an der Schiedsfähigkeit interessiert.

Da auch eine Sonderanknüpfung der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit den Art. 1 Abs. 2 Zif. b GA nicht ausschließt¹⁾, bleibt es notwendig für die Parteien, bereits bei Formulierung der Schiedsvereinbarung die Schiedsfähigkeit nach der Rechtsordnung der wahrscheinlichen Vollstreckungsstaaten zu beachten. Ob sich solche Überlegungen später als hilfreich erweisen, hängt letztlich davon ab, wie weit die Parteien die Problemkreise, die sich aus dem jeweiligen Vertrag ergeben können, bereits bei Abfassung der Schiedsvereinbarung überschauen.

(2) UNÜ

Art. 2 des UNÜ lautet:

"(1) Jeder Vertragsstaat erkennt...Vereinbarungen an, ... sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann.

(3) ... so hat das Gericht auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, daß die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist".

Art. 5 des UNÜ hat folgenden Wortlaut:

"(1) Die Anerkennung und Vollstreckung ... darf versagt werden, ...

a) ... wenn die Parteien nach dem Recht, das für sie persönlich maßgebend ist, in irgendeiner Hinsicht zu der Schiedsvereinbarung nicht fähig waren, oder die

1) Vgl. SCHLOSSER, Rdnr. 311 a.E.

Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist, ...

(2) Die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs darf auf Antrag der Partei, gegen die er geltend gemacht wird, nur versagt werden, wenn diese Partei der zuständigen Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, den Beweis erbringt,

a) ..., daß der Gegenstand des Streites nach dem Recht dieses Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden darf, ...

b) ..., die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches der öffentlichen Ordnung dieses Landes widersprechen würde."

Bevor die Auswirkung dieser Regelungen im einzelnen untersucht wird, sei hierzu allgemein angemerkt: Während Art. 2 UNÜ noch offenläßt, an welcher nationalen Rechtsordnung die Schiedsfähigkeit zu messen ist, wird das UN-Übereinkommen in Art. 5 konkreter. Inkonsequent erscheinen Systematik und Inhalt. Zunächst wird die Schiedsfähigkeit an dem von den Parteien für ihre Schiedsvereinbarung bzw. ihren Vertrag vereinbarten materiellen Recht (lex contractus) Recht gemessen. Das UN-Übereinkommen läßt großzügig der Parteivereinbarung den Vorzug vor dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist (Art. 5 Abs. 1 Zif. a). In Absatz 2 schiebt es dann aber gleich eine doppelte Sicherung nach. Die Schiedsfähigkeit muß auch nach dem Recht des Anerkennungsstaates gegeben sein. Hierbei begnügt sich das Übereinkommen nicht mit der ordre public-Schranke,

läßt es also nicht darauf ankommen, ob die Schiedsfähigkeit zum ordre public des jeweiligen Vollstreckungsstaates gehört. Es verlangt ebenso wie das Genfer Abkommen ausdrückliche Schiedsfähigkeit nach der Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates.

Zwei Punkte sind beim UN-Übereinkommen für die Schiedsgerichtsbarkeit fortschrittlicher als im GA und im GP geregelt:

1. Außerhalb des Exequaturverfahrens hat der Richter die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nach seiner lex fori nur noch zu prüfen, wenn ihm dies seine Rechtsordnung vorschreibt¹⁾. Das deutsche Recht tut dies bei einem ausländischen Schiedsvertrag nicht.
2. Ob ein Vollstreckungsstaat von diesen Versagungsgründen Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen. Dies ergibt sich aus der Formulierung "darf die Anerkennung und Vollstreckung versagt werden" in Art. 5 Abs. 1 UNÜ.

Schlosser ist der Auffassung, daß sich dies allein aus der Formulierung des UNÜ nicht ergeben kann. Vielmehr müsse dem Vollstreckungsstaat zusätzlich nach seiner Rechtsordnung ein Ermessen hinsichtlich des Versagens der Anerkennung eingeräumt werden²⁾.

1) SCHLOSSER, Rdnr. 313.

2) SCHLOSSER, Rdnr. 313.

Das überzeugt nicht. Die Frage nach dem "ob" der Schiedsfähigkeit regelt die nationale Rechtsordnung zwar selbständig, die Rechtsfolge bei mangelnder Schiedsfähigkeit legt aber allein das UN-Übereinkommen fest. Dieses räumt seinen Unterzeichnerstaaten hier Ermessen ein. Bei mangelnder Schiedsfähigkeit "darf", es muß aber nicht die Anerkennung oder Vollstreckung versagt werden. Mit diesem Ermessen korrespondiert die Meistbegünstigungsklausel des Art. 7 Abs. 1 UNÜ, auf die an dieser Stelle hinzuweisen ist. Sie läßt den Parteien ohnehin die Möglichkeit, sich unter Umständen auf einen Vertrag zu berufen, der für sie günstiger ist, als das nationale Recht des Exequaturstaates¹⁾.

(3) EU

Art. 6 lautet:

"Abs. 2: Das nationale Gericht überprüft den Schiedsvertrag

a) nach dem Recht, dem die Parteien die Schiedsgerichtsvereinbarung unterstellt haben;
b) als die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Staates, in dem der Schiedsspruch ergehen soll;

c) falls die Parteien nichts darüber bestimmt haben, welchem Recht die Schiedsvereinbarung unterstellt wird, und falls im Zeitpunkt, in dem das staatliche

1) Vgl. SANDROCK, Handbuch Band 2, S. 907 Rdnr. 50 ff.

Gericht mit der Frage befaßt wird, nicht vorausgesehen werden kann, in welchem Staat der Schiedsspruch ergehen wird, nach dem Recht, welches das angerufene Gericht nach seinem Kollisionsnorm anzuwenden hat. Das angerufene Gericht kann einer Schiedsvereinbarung die Anerkennung versagen, wenn die Streitigkeit nach seinem Recht der Regelung durch ein Schiedsgericht nicht unterworfen werden kann."

Bestünde dieser letzte Satz am Ende von Art. 6 Abs. 2 EÜ nicht, wäre bei der Prüfung der Schiedsfähigkeit die Berufung auf eine andere als die von den Parteien gewählte Rechtsordnung nicht möglich. Dadurch, daß das europäische Übereinkommen sich von der Möglichkeit, die Rechtsordnung des befaßten Gerichts doch noch einfließen zu lassen, nicht trennen konnte, ergibt sich die Frage: Welches Recht meint der letzte Satz des Abs. 2 ? Er spricht von "seinem Recht". Das kann das materielle Schiedsvertragsrecht, aber auch das IPR dieses Staates sein¹⁾. Die Systematik des Art. 6 Abs. 2 EÜ spricht dafür, daß hier das materielle Schiedsvertragsrecht gemeint ist. Warum sollten die Kollisionsnormen gemäß Art. 6 Abs. 2 Zif. c zunächst gegenüber anderen Möglichkeiten - nämlich dem vereinbarten Recht und dem Recht des Staates, in dem der Schiedsspruch ergehen soll - subsidiär sein, um dann unter Umständen doch noch maßgeblich zu werden ? Dieses IPR würde auch nur das Recht bezeichnen, das durch Zif. c ohnehin gelten würde. Für diesen Fall wäre der letzte Satz überflüssig²⁾. Dieser letzte Satz meint daher das materielle Schiedsverfahrensrecht des

1) SCHLOSSER Rdnr. 314.

2) SCHLOSSER Rdnr. 314.

Staates, der mit der Prüfung befaßt wird. Damit kann auch bei Anwendung des europäischen Übereinkommens das Recht des Exequaturstaates für die Schiedsfähigkeit Bedeutung erlangen. Die Formulierung des letzten Satzes des Abs. 2 "kann" stellt dies in das Ermessen des Gerichtes. Wenn es von der Prüfung nach seinem Recht absieht, ist die Berufung auf eine andere Rechtsordnung nicht mehr möglich, sobald die Parteien selbst eine gewählt haben.

dd) Auswirkungen der Schiedsfähigkeitsregelungen der Internationalen Vereinbarungen

Nachdem zuvor die Regelungen in den internationalen Vereinbarungen genannt wurden, bei denen die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes überhaupt Bedeutung hat, sollen nun deren Auswirkungen bei der möglichen Überprüfung in den Verfahrensabschnitten untersucht werden. In den einzelnen Verfahrensabschnitten von der Entstehung der Streitigkeit bis zur endgültigen Vollstreckung des Schiedsspruches besteht fünf Mal die Möglichkeit, daß die Schiedsfähigkeit geprüft wird:

1. Bei der Zuständigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht.
2. Im Einredeverfahren vor dem staatlichen Gericht.
3. Bei der Aufhebungsklage.
4. Im Vollstreckungsverfahren.
5. Beim Mitwirkungsersuchen an ein staatliches Gericht.

Allein dies zeigt die Notwendigkeit für die Parteien, die Schiedsfähigkeit bereits bei Abfassung der Schiedsvereinbarung zu berücksichtigen und dabei die Auswirkungen der internationalen Vereinbarungen zu bedenken.

(1) Zuständigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht

Kernfrage der schiedsrichterlichen Zuständigkeitsprüfung ist die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung¹⁾. Jedes Schiedsgericht begründet sein Tätigwerden auf die Vereinbarung der Parteien, den betreffenden Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen.

Sobald die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung überprüft wird, stellt sich auch die Frage der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes. Ist das Schiedsgericht der Auffassung, daß eine Streitentscheidung durch Schiedsgericht unzulässig ist, muß es sich allein deswegen für unzuständig erklären. Nach welcher Rechtsordnung überprüft das Schiedsgericht die Schiedsvereinbarung ? Auf die hier möglichen Konstellationen näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen²⁾. Die Parteien können die Rechtsordnung ausdrücklich benennen, die für die Beurteilung ihres Vertrages maßgeblich sein soll. Sie können Haupt- und Schiedsvertrag unterschiedlichen, aber auch einer gemeinsamen Rechtsordnung unterstellen. Die Parteien brauchen nichts festzulegen, so daß das Schiedsgericht selbst entscheiden muß, wonach es die Schiedsvereinbarung beurteilt. Ist dann für das Schiedsgericht die Rechtsordnung bestimmend, die auch für den Hauptvertrag maßgeblich ist ? Welchen Einfluß hat die Rechtsordnung des möglichen Exequaturstaates bei der Überprüfung durch das Schiedsgericht ? Darf das Schiedsgericht die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes auch nach seiner lex fori prüfen oder muß

1) SCHLOSSER Rdnr. 498.

2) Vgl. SCHLOSSER Rdnr. 485; SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit S. 336 ff. (339); MEIER, Rdnr. 544 ff.

es das sogar ? Kann das Schiedsgericht bindend über seine eigene Zuständigkeit entscheiden¹⁾ ?

Jede Frage scheint in diesem Zusammenhang die nächste Frage nach sich zu ziehen. Festzuhalten bleibt hier, daß in diesem Verfahrensabschnitt bei der Überprüfung der Schiedsfähigkeit durch das Schiedsgericht im Rahmen der Feststellung seiner eigenen Zuständigkeit die internationalen Übereinkommen keinen Einfluß haben. Sie richten sich ausschließlich an die staatlichen Gerichte der Unterzeichnerstaaten und sagen nichts zur Überprüfung des Schiedsvertrages und damit der Schiedsfähigkeit durch das Schiedsgericht selbst aus. In diesem Verfahrensabschnitt können die internationalen Übereinkommen also unbeachtet bleiben.

Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf den § 1037 ZPO hingewiesen²⁾. Wenn sich das Schiedsverfahren nach deutschem Recht richtete, könnte das Schiedsgericht gemäß § 1037 ZPO weiterverhandeln, auch wenn von einer Partei die mangelnde Schiedsfähigkeit beanstandet würde, solange das Schiedsgericht selbst den Streit für schiedsfähig hält.

1) SCHLOSSER Rdnr. 496: Die Parteien können jedenfalls das in der Schiedsabrede vorgesehene Schiedsgericht ermächtigen, bindend über die Wirksamkeit des Schiedsvertrages zu entscheiden.

2) § 1037 ZPO:
Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Einrichtungen nicht befugt ist.

(2) Überprüfung der Schiedsfähigkeit im Einredeverfahren

(a) § 1027 a ZPO lautet:

"Wird das Gericht wegen einer Rechtsstreitigkeit angerufen, für die die Parteien einen Schiedsvertrag geschlossen haben, so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn sich der Beklagte auf den Schiedsvertrag beruft."

Diese maßgebliche deutsche Verfahrensvorschrift sei an den Anfang gestellt und erläutert, bevor die Auswirkung der internationalen Übereinkommen auf die Überprüfung der Schiedsfähigkeit in diesem Verfahrensabschnitt untersucht wird. Die Einrede des Schiedsvertrages nach § 1027 a ZPO ist ein Prozeßhindernis. Es ist allerdings nicht von Amts wegen zu beachten, sondern muß von einer Partei vor Beginn der mündlichen Verhandlung formlos vorgetragen werden. Wird der Einrede stattgegeben, so ist die Klage von dem befaßten staatlichen Gericht durch Prozeßurteil zurückzuweisen.

Das Schiedsgericht, das sich anschließend mit der Streitigkeit auseinandersetzen soll, darf sich seinerseits nun nicht mehr für unzuständig erklären¹⁾. Es ist also an die Entscheidung des staatlichen Gerichts gebunden. Dementsprechend kann die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch nicht mehr im Vollstreckungsverfahren bemängelt werden²⁾. Wenn das Schiedsgericht seine Tätigkeit beendet und einen Schiedsspruch gefällt hat, entfällt die Einrede des § 1027 a ZPO. Sie ist dann überflüssig, da ein formell gültiger Schiedsspruch Rechtskraftwirkung entfaltet (vgl. § 1040 ZPO) und damit einem nachträglichen

1) RG in JR 26, Nr. 1569.

2) RG 40 S. 403; 43 S. 407.

Verfahren vor einem staatlichen Gericht die Einrede der Rechtskraft entgegensteht. Wenn umgekehrt zunächst das Schiedsgerichtsverfahren begonnen wurde, das Schiedsgericht sich für unzuständig erklärt, dann ist hieran das anschließend befaßte staatliche Gericht gebunden¹⁾. Es darf seinerseits nun auch nicht die Unzuständigkeitserklärung des Schiedsgerichts auf seine Richtigkeit überprüfen, sondern das staatliche Gericht hat in der Sache zu entscheiden²⁾. Nach dem Wortlaut des § 1027 a ZPO braucht sich die Partei nur auf das Bestehen eines Schiedsvertrages zu berufen, um die Klageabweisung herbeizuführen. Es gilt aber als selbstverständlich, daß dieser Schiedsvertrag auch gültig ist³⁾. Das staatliche Gericht hat also nach Erheben der Einrede des Schiedsvertrages diesen auf seine Gültigkeit zu überprüfen. Gleichzeitig wird damit wieder die Frage der Schiedsfähigkeit aufgeworfen. Da die Einrede des § 1027 a ZPO auch durch ausländische Schiedsverträge begründet wird⁴⁾, hat das staatliche Gericht auch die betreffenden Regelungen der anwendbaren internationalen Übereinkommen zu beachten.

(b) GP, GA, UNÜ

Das älteste Abkommen, das Genfer Protokoll, enthält mit Art. 4 eine Regelung, die an § 1027 a ZPO erinnert¹⁾. Auch Art. 4 GP gewährt eine prozeßhindernde Einrede. Auf ihren Antrag werden die Beteiligten zur Entscheidung des Rechtsstreites vor die Schiedsrichter verwiesen. Gleichzeitig verweist Art. 4 Abs. 1 GP auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nach Art. 1 GP. Voraussetzung für die Verweisung

1) SCHWAB S. 42, 43.

2) Vgl. statt vieler: SCHWAB S. 42, 43.

3) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1025 V 1.

4) SCHLOSSER aaO. a.E.

5) Vgl. oben B I 2. d) bb) (1).

an das Schiedsgericht ist auch nach dem Genfer Protokoll die gültige Schiedsvereinbarung. Das staatliche Gericht hat diese zunächst zu überprüfen und dabei auch die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes festzustellen. Bezüglich der Schiedsfähigkeit ergeben sich also keine Unterschiede, gleichgültig ob das staatliche Gericht nach § 1027 a ZPO vorgeht oder das Genfer Protokoll anwendet. Stets ist es gezwungen, in diesem Verfahrensabschnitt sich mit der gesamten Problematik des anzuwendenden Rechtes auseinanderzusetzen, die sich bei der Überprüfung der Schiedsvereinbarung ergeben kann.

Das Genfer Abkommen hat seinen Zweck als Vollstreckungsabkommen entsprechend keinen Einfluß auf die Überprüfung der Schiedsfähigkeit in diesem Verfahrensabschnitt.

Dagegen bestimmt Art. 2 Abs. 2 UNÜ ähnlich wie § 1027 a ZPO und das Genfer Abkommen: "... hat das Gericht auf Antrag der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, daß die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist".

Vor der Verweisung hat das staatliche Gericht auch bei Anwendung des UN-Übereinkommens die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und in diesem Rahmen die Schiedsfähigkeit zu überprüfen. Ebenso wie bei der Anwendung des § 1027 a ZPO ist die Entscheidung des staatlichen Gerichts bindend¹⁾. Ergeben sich durch das UN-Übereinkommen Fragen hinsichtlich des Rechts, welches das staatliche Gericht bei seiner Überprüfung anzuwenden hat? Die Regelungen des UN-Übereinkommens, für welche die Schiedsfähigkeit relevant wird²⁾,

1) Statt vieler: SCHWAB, S. 356.

2) Vgl. oben B I 2 d) bb) (2).

nennen zwar zum Teil konkret die maßgebliche Rechtsordnung: gemäß Art. 5 Abs. 2 Zif. a UNÜ hat der Richter die Schiedsfähigkeit nach seiner lex fori zu prüfen. Doch dies bezieht sich nur auf Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren des Schiedsspruches und auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung in diesem Rahmen. Hier im Einredevverfahren ergibt sich für den staatlichen deutschen Richter aus dem UNÜ ebenfalls keine Änderung gegenüber § 1027 a ZPO. Aus dem UNÜ geht nicht hervor, daß der staatliche Richter im Einredevverfahren die Schiedsfähigkeit nach seiner lex fori überprüfen muß oder nach dem Recht des voraussetzlichen Vollstreckungsstaates. Für den deutschen staatlichen Richter kommt die Prüfung der Schiedsfähigkeit nur nach der nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmenden Rechtsordnung in Betracht¹⁾. Das Recht des möglichen Vollstreckungsstaates schon hier zu berücksichtigen, würde einer Überprüfung in einem Aufhebungs- oder Vollstreckungsverfahren vorgreifen. Hierdurch würde der deutsche Richter seine Zuständigkeit überschreiten. Ein solches Vorgehen ist auch mit dem im deutschen Zivilprozeßrecht herrschenden Parteiverfahren kaum zu vereinbaren. Denn ob es zu dieser Überprüfung tatsächlich später in einem Aufhebungs- oder Vollstreckungsverfahren kommt, liegt allein in der Hand der Parteien.

(c) EÜ

Art. 6 Abs. 3 EÜ lautet:

"Ist ein schiedsrichterliches Verfahren vor der Anrufung eines staatlichen Gerichtes eingeleitet worden, so hat das Gericht eines Vertragsstaates, das später mit einer Klage wegen derselben Streitigkeit zwischen denselben Parteien oder mit einer Klage auf Feststel-

1) Vgl. auch SCHLOSSER Rdnr. 313.

lung, daß der Schiedsvertrag nicht bestehe, nichtig oder hinfällig geworden sei, befaßt wird, die Entscheidung über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts auszusetzen, bis der Schiedsspruch ergangen ist, es sei denn, daß ein wichtiger Grund dem entgegensteht."

Art. 6 Abs. 1 EÜ besagt:

"Der Beklagte kann die Einrede der Unzuständigkeit, die damit begründet wird, es liege eine Schiedsvereinbarung vor, in einem Verfahren vor einem staatlichen Gericht, das eine Partei der Schiedsvereinbarung angerufen hat, nur vor oder gleichzeitig mit seiner Einlassung zur Hauptsache erheben,..."

Die Regelung des europäischen Übereinkommens ist differenzierter als die der bisher untersuchten internationalen Übereinkommen. Es unterscheidet bei einer Einrede des Schiedsvertrages vor dem staatlichen Gericht danach, ob bereits das Schiedsverfahren eingeleitet wurde oder nicht. Art. 6 Abs. 1 EÜ behandelt den letzten Fall, daß noch kein Schiedsverfahren im Gange ist und eine Partei zunächst trotz Schiedsvereinbarung vor einem staatlichen Gericht Klage erhebt. Im Gegensatz zu dem Genfer Protokoll und dem UN-Übereinkommen steht im europäischen Übereinkommen nicht ausdrücklich, daß das staatliche Gericht an die Schiedsrichter verweist. Art. 6 Abs. 1 EÜ sagt nur etwas darüber aus, zu welchem Zeitpunkt die Einrede erhoben werden muß. Es ist auch beim europäischen Übereinkommen für den Erfolg der Einrede selbstverständlich die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung vorauszusetzen. Wie beim Genfer Protokoll und beim UN-Übereinkommen muß das staatliche Gericht an dieser Stelle auch die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes überprüfen. Nach welchem Recht dies geschieht, kann nun aber das staatliche Gericht aus dem europäischen Übereinkommen selbst entnehmen. Insofern unterscheidet es sich von den anderen Abkommen.

Wie schon festgestellt¹⁾ ist hier Art. 6 Abs. 2 EÜ maßgeblich. Das bedeutet, daß zwar einerseits von den Parteien gewähltes Recht auch für die Beurteilung der Schiedsvereinbarung berücksichtigt werden muß¹⁾, aber gleichzeitig "kann" auch die Rechtsordnung des untersuchenden staatlichen Gerichts maßgeblich sein. Da wir uns aber hier noch im Einredev Verfahren befinden, handelt es sich nicht unbedingt um die Rechtsordnung des Vollstreckungsstaates. Denn Vollstreckungsstaat und der Staat, in dem Klage erhoben wird, können verschieden sein. Warum sollte aber im Einredev Verfahren das staatliche Gericht die Schiedsfähigkeit nach seiner Rechtsordnung prüfen, wenn sein Land unter Umständen nach Verweisung an die Schiedsrichter mit dem Schiedsverfahren und dessen Vollstreckung nichts mehr zu tun hat ? Kein anderes Abkommen verlangt dieses im Einredev Verfahren. Möglicherweise ist das europäische Übereinkommen aber dahin auszulegen, daß dieser Satz am Ende des Art. 6 Abs. 3 EÜ nicht in diesem Verfahrensabschnitt der Einrede des Schiedsvertrages anwendbar ist.

Der Wortlaut läßt jedoch keinen Spielraum für eine andere Interpretation. Es heißt: "Hat ein Gericht über das Bestehen eines Schiedsvertrages zu entscheiden." Dies ist nur im Sinne von "immer wenn" zu verstehen, also auch, wenn der Schiedsvertrag nur im Einrede- und nicht im Anerkennungs- oder Vollstreckungsverfahren überprüft wird. Es bleibt zu wünschen, daß das staatliche Gericht nicht von seinem Ermessen, die Schiedsvereinbarung an seiner eigenen Rechtsordnung zu messen, Gebrauch macht. Es soll nochmals betont werden: Dies gilt für eine Überprüfung im Einredev Verfahren. In diesem Stadium hat das staatliche Gericht kein ersichtliches Interesse zu wissen, ob die Schiedsvereinbarung mit seiner Rechtsordnung im Einklang steht.

1) B I 2. d) bb).

2) Art. 6 Abs. 2 Zif. a EÜ.

Etwas anderes gilt nur, wenn ein Schiedsverfahren bereits anhängig ist und sich eine Partei in derselben Sache dennoch an ein ordentliches Gericht wendet. Eine Partei könnte sich während eines laufenden Schiedsverfahrens aus verschiedenen Gründen an ein ordentliches Gericht wenden. Diese Situation betrifft Art. 6 Abs. III EÜ, der einen Grund selbst nennt: Die Partei, die sich an das staatliche Gericht wendet, kann die Schiedsvereinbarung für unwirksam oder für den vorliegenden Rechtsstreit für unanwendbar halten¹⁾. Denkbar ist aber auch, daß diese Partei ihre Erfolgchancen im laufenden Schiedsverfahren gering einschätzt und sich deshalb an das ordentliche Gericht wendet. Aus welchem Grund auch immer das ordentliche Gericht noch während eines laufenden Schiedsverfahrens mit der Sache befaßt wird, es hätte normalerweise zunächst seine Zuständigkeit zu prüfen. Hier greift nun Art. 6 Abs. III EÜ ein: Das staatliche Gericht soll die Vorfrage der Zulässigkeit grundsätzlich aufschieben, bis der Schiedsspruch ergangen ist²⁾.

Zwei wichtige Unterschiede ergeben sich hieraus gegenüber den bisher behandelten Fällen. Bisher, also bei den Fällen, in denen noch kein Schiedsverfahren eingeleitet war, hatte das staatliche Gericht eine Schiedsvereinbarung nur auf Einrede einer Partei zu beachten, nicht von Amts wegen. Etwas anderes gilt aber, wenn das Schiedsverfahren bereits anhängig ist. Für das staatliche Gericht bedeutet das laufende Schiedsverfahren eine echte Rechtshängigkeit oder Schiedshängigkeit, die es bindet³⁾. Die Einrede des Schiedsvertrages ist in dieser Situation nicht erforderlich.

1) Vgl. MEZGER RabelsZ 65, S. 269, der das wohl für den Hauptfall hält.

2) MEZGER RabelsZ 65, S. 269.

3) SCHLOSSER Rdnr. 393; vgl. § 261 ZPO.

Insofern liegt in Art. 6 Abs. 3 EÜ eine Abweichung vom deutschen Verfahrensrecht. Eine Rechtshängigkeit im Sinne des § 261 ZPO wird nach deutschem Recht durch eine Klageerhebung vor einem Schiedsgericht nicht begründet¹⁾.

Hieraus resultiert die zweite Besonderheit des Art. 6 Abs. III EÜ: Anders als bisher kennengelernt, setzt das staatliche Gericht das Verfahren aus, ohne zuvor die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung zu prüfen. Also auch die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes wird nicht untersucht. Selbst eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung, etwa weil der konkrete Streit nicht schiedsfähig sei, kann nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 EÜ nicht durchgeführt werden, solange ein Schiedsverfahren im Gange ist²⁾. Hierin besteht ein gravierender Unterschied zu der Situation, in welcher noch kein Schiedsverfahren anhängig ist. Nach Anhängigkeit kann das staatliche Gericht einen Schiedsspruch abwarten und derweil sein Verfahren aussetzen. Die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung muß nicht geklärt werden.

Vor Anhängigkeit des Schiedsverfahrens dagegen prüft das angerufene staatliche Gericht auf eine Einrede hin zunächst den Schiedsvertrag. Das Gericht kann hierbei sogar seine eigene Rechtsordnung als Maßstab anlegen.

1) Vgl. statt vieler THOMAS-PUTZO § 261 Rdnr. 3.

2) SCHLOSSER, Rdnr. 394 a; MEZGER, RabelsZ 65, S. 269.

Eine solche Differenzierung nach der Anhängigkeit des Schiedsverfahrens scheint nicht gerechtfertigt. Es ist für das staatliche Gericht gleichbedeutend, ob es eine Rechtshängigkeit des Schiedsverfahrens berücksichtigt oder vor Rechtshängigkeit aufgrund einer Einrede an ein Schiedsgericht verweist. Beide Fälle sollten gleich behandelt werden. Wenn das ordentliche Gericht den Schiedsvertrag nach Anhängigkeit des Schiedsverfahrens nicht mehr prüfen darf, sollte es dazu vor Anhängigkeit auch nicht berechtigt sein. Art. 6 Abs. II letzter Satz EÜ, die Vorschrift, die dies ermöglicht, sollte daher im Einredevorfahren nicht angewendet werden.

(d) Auswirkungen des Art. 6 Abs. III EÜ auf die deutsche Kartellschiedsgerichtsbarkeit

(aa) Die Schiedsvereinbarung enthält keine Wahlmöglichkeit nach § 91 Abs. I GWB

Auswirkungen hat Art. 6 Abs. 3 EÜ für die deutsche Kartellschiedsgerichtsbarkeit. Das Verfahren vor dem staatlichen Gericht muß ausgesetzt werden, es sei denn die Ausnahme des entgegenstehenden wichtigen Grundes trifft zu. Es ist auch dann auszusetzen, wenn nach der Schiedsvereinbarung eine alternative Möglichkeit besteht, entweder ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht anzurufen¹⁾. Hieraus könnten sich Folgen für die Anwendung des § 91 GWB ergeben. Es würde in diesem Verfahrensabschnitt möglicherweise belanglos sein, ob die Parteien bei einer Schiedsvereinbarung über Wettbewerbsstreitigkeiten den § 91 Abs. 1 GWB beachtet haben oder nicht.

Enthält die Schiedsvereinbarung entgegen § 91 Abs. 1 GWB keine Wahlmöglichkeit, ist der Schiedsvertrag gemäß § 91 Abs. 1 GWB nichtig. Beruft sich nun nach Einleiten eines Schiedsverfahrens eine Partei hierauf und wendet sich an ein staatliches Gericht, so muß gemäß Art. 6 Abs. 3 EÜ das staatliche Gericht das Schiedsverfahren abwarten. Dies ist nicht weiter folgenswer, solange das Schiedsgericht den § 91 Abs. 1 prüft. Dann wird das Schiedsgericht die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung gemäß § 91 Abs. 1 GWB feststellen und muß sich selbst für unzuständig erklären. Das staatliche Gericht kann dann das ausgesetzte Verfahren fortsetzen.

Anders aber entwickeln sich die Dinge unter folgenden Voraussetzungen: haben die Parteien für die Beurteilung ihres Schiedsvertrages eine Rechtswahl getroffen, dann beurteilt das Schiedsgericht bei der Prüfung seiner Zuständigkeit die Schiedsvereinbarung an der von den Parteien gewählten Rechtsordnung²⁾. Kennt diese Rechtsordnung für Kartellstreitigkeiten die Notwendigkeit einer Wahlmöglichkeit im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB nicht, dann wird das Fehlen dieser Wahlmöglichkeit belanglos sein. Das Schiedsgerichtsverfahren wird seinen Lauf nehmen, ohne daß ein im nachhinein angerufenenes deutsches staatliches Gericht

1) SCHLOSSER, Rdnr. 394 a.

2) Siehe oben B I 2. d) cc) (1).

dies verhindern kann. Dies hätte sich aber möglicherweise ganz anders entwickelt, wenn zuvor vor diesem staatlichen deutschen Gericht Klage erhoben worden wäre. Dieses hätte nämlich dann die Schiedsvereinbarung gemäß Art. 6 Abs. 2 a.E. EÜ an seinem eigenen deutschen Recht messen können. Ein Verstoß gegen § 91 Abs. 1 GWB hätte dann zur Folge gehabt, daß einer möglichen Einrede des Schiedsvertrages nicht stattgegeben worden wäre.

(bb) Kein Aussetzen des Verfahrens bei wichtigem Grund

Das staatliche Gericht kann allerdings unter besonderen Umständen davon absehen, das Verfahren auszusetzen. Gemäß Art. 6 Abs. 3 a.E. EÜ setzt es nicht sein Verfahren aus, wenn dem ein wichtiger Grund entgegensteht. Möglicherweise ist das Fehlen einer Wahlmöglichkeit nach § 91 Abs. 1 GWB ein solcher wichtiger Grund, der dem Aussetzen entgegensteht. Wann ein wichtiger Grund im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EÜ gegeben ist, wird nur beispielhaft erläutert.

- Er soll dann vorliegen, wenn ein Schiedsgericht selbst das bei ihm eingeleitete Verfahren aussetzt. Dies könnte es deshalb tun, weil es Zweifel an seiner eigenen Zuständigkeit hat und dies nicht selbst entscheiden will. Soll nach dem Willen des Schiedsgerichts ein staatliches Gericht diese Frage klären und dies abgewartet werden, dann darf das angerufene staatliche Gericht seinerseits nun nicht

mit Hinweis auf Art. 6 Abs. 3 a.E. EÜ aussetzen, sondern muß das Verfahren annehmen und entscheiden¹⁾.

- Das gleiche soll gelten, wenn der Streitgegenstand des Verfahrens vor dem staatlichen Gericht offensichtlich nicht von der Schiedsvereinbarung erfaßt wird. Da aber eine umfangreiche Prüfung der Schiedsvereinbarung gerade nicht stattfindet, muß dies tatsächlich offensichtlich sein²⁾.

- Es wird vertreten, daß das angerufene staatliche Gericht auch dann nicht aussetzen soll, wenn es der Auffassung ist, daß der zu erwartende Schiedsspruch offensichtlich in seinem Land - im Land des staatlichen Gerichts - nicht vollstreckbar ist³⁾.

Dieser Gesichtspunkt für einen wichtigen Grund im Sinne des Art. 6 Abs. 3 a.E. EÜ scheint aber nicht sehr praktikabel. Woraus sollte sich diese Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruches so offensichtlich ergeben? Aus dessen Inhalt kann sie sich nicht ergeben, denn da der Schiedsspruch in diesem Stadium naturgemäß noch aussteht, ist sein Inhalt nicht bekannt. Die Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruches könnte sich aus einem Mangel im Schiedsverfahren ergeben. Dieser Mangel müßte allerdings offensichtlich und zwischen den Parteien unstreitig sein, da das staatliche Gericht ansonsten sich intensiver mit dem Schiedsverfahren auseinanderzusetzen hätte. Schließlich könnte sich die Nichtvollstreckbarkeit des Schiedsspruches noch aus

1) SCHWAB, S. 358; ebenso MEZGER, RabelsZ 65, S. 269.

2) SCHLOSSER, Rdnr. 398.

3) SCHLOSSER, aaO.

einem ungültigen Schiedsvertrag ergeben. Auch hier müßte die Ungültigkeit des Schiedsvertrages "ins Auge springen"¹⁾. Im übrigen erscheint das Kriterium der Nichtvollstreckbarkeit im Lande des angerufenen Gerichts in diesem Verfahrensabschnitt ebenso unverständlich wie schon für den Fall der Einrede des Schiedsvertrages bei noch nicht eingeleitetem Schiedsverfahren. Ebenso wie in diesem schon untersuchten Fall steht auch hier nicht fest, ob der Schiedsspruch überhaupt in dem Land des staatlichen Gerichts vollstreckt werden soll. Das Kriterium der Nichtvollstreckbarkeit im Lande des angerufenen Gerichts ist daher nicht hilfreich²⁾.

Brauchbare Kriterien für die Frage, wann ein wichtiger Grund im Sinne des Art. 6 Abs. 3 a.E. EU vorliegt, lassen sich aus den genannten Beispielen nur insofern finden, als die Voraussetzungen für sein Vorliegen ganz offensichtlich sein müssen.

-
- 1) Vgl. SCHLOSSER aaO, der meint, daß die bloße Annahme, der Schiedsvertrag sei unwirksam nicht genüge. Es müsse der Schiedsvertrag ganz offensichtlich unwirksam sein, da sich durch eine Verweisung auf das Schiedsverfahren eine starke Verzögerung und ein erheblicher Rechtsnachteil für den Kläger ergebe.
 - 2) Die gleichen Argumente sprechen auch gegen die Auffassung von MAIER, der der Ansicht ist, das angerufene Gericht habe trotz eingeleitetem Schiedsverfahrens gemäß Art. 6 Abs. 3 a.E. EU aus wichtigem Grund dann nicht auszusetzen, wenn feststeht, daß die Streitigkeit nach dem Recht des angerufenen Gerichts der Regelung durch ein Schiedsgericht nicht unterworfen werden kann: MAIER RdNr. 539.

Wenn man dies voraussetzt, ist dann in der Nichtberücksichtigung des § 91 Abs. 1 GWB ein solcher wichtiger Grund zu sehen? Zunächst sind zwei Situationen wahrscheinlich, die dazu führen können, daß das staatliche Gericht an den § 91 GWB denkt:

- Das staatliche Gericht sieht selbst die Möglichkeit der Wettbewerbsrelevanz des Hauptvertrages.
- Obwohl der Schiedsvertrag einer anderen Rechtsordnung unterworfen wurde, beruft sich eine Partei auf den nicht berücksichtigten § 91 GWB, weil es Interesse daran hat, den Streit vor dem ordentlichen Gericht fortzusetzen.

Um festzustellen, ob der § 91 Abs. 1 GWB tatsächlich anwendbar ist, müßte das deutsche staatliche Gericht die Voraussetzung des § 91 Abs. 1 GWB überprüfen. Damit geriet es automatisch in eine Beurteilung des Hauptvertrages. Eine solche Verfahrensweise würde aber der Intention des Art. 6 Abs. 3 EU widersprechen, der während eines laufenden Schiedsverfahrens ein paralleles Tätigwerden eines staatlichen Gerichtes verhindern will. Ein Verstoß gegen § 91 Abs. 1 GWB wäre nicht so augenscheinlich, da dies das staatliche Gericht ohne nähere Prüfung des Vertragsinhaltes erkennen kann. Dies gilt umsomehr, da die Wettbewerbsrelevanz von Verträgen mit dem sich ausdehnenden Anwendungsbereich des § 1 GWB zunehmen schwieriger zu beurteilen ist. Die Ungültigkeit einer Schiedsvereinbarung gemäß § 91 Abs. 1 GWB wird daher in der Regel nicht ganz offensichtlich sein. Die Nichtberücksichtigung des § 91 Abs. 1 GWB ist daher kein wichtiger Grund für das staatliche deutsche Gericht im Sinne des Art. 6 Abs. 3 a.E. EU, um das Verfahren nicht auszusetzen. Das Schiedsverfahren wird stets bis zum Schiedsspruch fortgesetzt werden, auch wenn eine Alternativklausel im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB fehlt.

Würde dies nun ein erheblichen Rechtsnachteil für eine Partei bewirken ? Einen solchen Rechtsnachteil könnte man in einer eventuell möglichen Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches in einem anderen Land sehen. Dem stehen die Vorschriften des Genfer Abkommens und des UN-Übereinkommens entgegen, die die Anerkennung und Vollstreckbarkeit dann in einem anderen Land versagen, wenn gegen den Schiedsspruch in dem Land, in dem er ergangen ist eine Aufhebungsklage anhängig ist. Dies bestimmen Art. 5 Abs. 1 Ziff. e UNÜ und Art. 1 d, 2 a GA. Wenn also zum Beispiel nach Erlaß des Schiedsspruches das zunächst ausgesetzte Verfahren vor dem deutschen staatlichen Gericht fortgesetzt würde mit dem Ziel der Aufhebung des Schiedsspruches, dann könnte nach UN-Übereinkommen und Genfer Abkommen zunächst nicht in einem ihrer Vertragsstaaten vollstreckt werden. Ein Rechtsnachteil entstände der unterlegenen Partei hiernach nicht!

Ein rechtlicher Nachteil für die unterliegende Partei könnte sich aus Art. 9 Abs. 1 EÜ ergeben. Relevant ist Ziff. a. Hiernach bedeutet ein schwebendes Aufhebungsverfahren keinen Grund für die Versagung der Anerkennung des Schiedsspruches. Eine bereits bewirkte Aufhebung hemmt nur dann die Vollstreckung in einem anderen Staat, wenn kumulativ mehrere Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der Schiedsspruch muß in seinem Erlassstaat aufgehoben worden sein.
2. Hinzukommen muß eine der im folgenden erläuterten Voraussetzungen:
 - a) Die Parteien waren nach dem für sie persönlich maßgeblichen Recht nicht fähig die Schiedsvereinbarung zu schließen. Die subjektive oder die ob-

jektive Schiedsfähigkeit war nicht gegeben. Ein Verstoß gegen § 91 Abs. 1 GWB wäre hier schon deshalb irrelevant, weil § 91 Abs. 1 GWB wie bereits festgestellt, keine Schiedsfähigkeitsregelung beinhaltet¹⁾.

- b) Zweitens müßte die Schiedsvereinbarung nach dem Recht unwirksam sein, dem die Parteien sie unterworfen haben - nach der lex contractus. Da auch nach diesem Recht die Nichtbeachtung des § 91 Abs. 1 GWB ohne Bedeutung ist, stellt sich heraus, daß nach Art. 9 Abs. 1 EU auch ein in seinem Erlaßstaat aufgehobener Schiedsspruch in einem anderen Vertragsstaat des europäischen Übereinkommens vollstreckt werden kann. Nach dem europäischen Übereinkommen muß weder ein schwebendes Aufhebungsverfahren noch eine bereits bewirkte Aufhebung eines Schiedsspruches einen Grund für die Versagung seiner Anerkennung und Vollstreckung bedeuten²⁾. Somit könnte es durchaus schwerwiegende Folgen haben, daß das staatliche Gericht aussetzt und ein einmal eingeleitetes Schiedsverfahren abwartet, obwohl nach dem Recht des staatlichen deutschen Gerichts die Schiedsvereinbarung gemäß § 91 Abs. 1 GWB nichtig wäre. Sobald das europäische Übereinkommen anwendbar ist, besteht hier die Gefahr rechtlicher Nachteile für die unterliegende Partei.

1) Siehe oben B I 2. b) aa).

2) Anders nur, wenn das subsidiäre Recht des Erlaßstaates maßgeblich wird.

(cc) Die Schiedsvereinbarung enthält eine Wahlklausel nach § 91 Abs. I GWB

Ist die Regelung des Art. 6 Abs. III EÜ gerechtfertigt, wenn die Schiedsvereinbarung eine Wahlklausel im Sinne des § 91 Abs. I GWB enthält? Es liegt folgende Situation vor: Die Parteien haben bei Streitentstehen die Möglichkeit, zwischen Schiedsverfahren und ordentlichen Gerichtsverfahren zu wählen, da ihre Schiedsvereinbarung eine solche Wahlklausel enthält. Sie entscheiden sich für ein Schiedsverfahren, das eingeleitet wird. Nach Einleitung des Schiedsverfahrens ruft eine Partei dennoch ein ordentliches Gericht an. Die andere Partei erhebt vor dem ordentlichen Gericht die Einrede des Schiedsvertrages.

Art. 6 Abs. III EÜ bestimmt, wie bereits bekannt: Das ordentliche Gericht hat das Verfahren auszusetzen und den Schiedsspruch abzuwarten.

Dies ist nur recht und billig. Denn die Parteien hatten nach Entstehen des Streites die Möglichkeit des Wahlrechts. Sie haben diese Möglichkeit nicht wahrgenommen und damit verbraucht. Die Regelung des Art. 6 Abs. III EÜ enthält insofern keine Besonderheit.

(e) Dominanz des europäischen Übereinkommens

Können an dem oben aufgezeigten Risiko die Art. 5 Abs. 1 e UNÜ und Art. 1 d, 2 a GA etwas ändern? Gemäß Art. 7 Abs. 2 UNÜ tritt das Genfer Abkommen gegenüber dem UN-Übereinkommen zurück¹⁾. Dagegen bestimmt Art. 10 Abs. 7 EÜ das Nebeneinander von UN-Übereinkommen und europäischem Übereinkommen. Art. 7 Abs. 1 UNÜ ergänzt dies durch seine Meistbegünstigungsklausel, so daß sich grundsätzlich die Parteien

1) Vgl. oben B I 2. d) aa).

auf das ihnen jeweils günstigere Recht berufen können.

Doch wer annimmt, daß sich nun die Partei, die die Aufhebung des Schiedsspruches betreibt, gegen die Vollstreckung dieses Spruches in einem anderen Land unter Berufung auf den Versagungsgrund des UN-Übereinkommens wenden kann, wird enttäuscht. Denn in seinem Art. 9 Abs. 2 bestimmt das europäische Übereinkommen, daß bei gleichzeitiger Anwendung von UN-Übereinkommen und europäischen Übereinkommen hinsichtlich der Versagungsgründe nur die in Art. 9 Abs. 1 EÜ genannten gelten sollen¹⁾. Damit dominiert bei der Regelung dieser Frage das europäische Übereinkommen mit seiner liberalen, am weitestgehenden Lösung. Dies gilt für die Anwendbarkeit von GA, UNÜ und EÜ nebeneinander und selbst dann, wenn nur UNÜ und EÜ nebeneinander anwendbar sind. Nur für den seltenen Fall, daß GA und EÜ, aber nicht das UNÜ gleichzeitig anwendbar sind, kann auch die strengere Regelung des GA einschlägig sein²⁾. Es bleibt festzuhalten, daß im Einredeverfahren vor dem staatlichen Gericht bei der Anwendung des europäischen Übereinkommens die Frage der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nur noch bedingt Bedeutung hat. Das für die Schiedsfähigkeit Gesagte gilt auch für die Beachtung des § 91 Abs. 1 GWB, der nach der hier vertretenen Auffassung ja keine Regelung der Schiedsfähigkeit beinhaltet³⁾.

1) Vgl. SANDROCK, Handbuch Band 2, S. 898 ff.

2) Vgl. oben B I 2. d) aa): Gemäß Art. 10 Abs. 7 EÜ bleiben ältere Verträge unberührt. Diese Konstellation dürfte äußerst unwahrscheinlich sein, da bisher nur ein Staat, Jugoslawien, zwar dem Genfer Abkommen und dem europäischen Übereinkommen aber nicht dem UN-Übereinkommen beigetreten ist.

3) Vgl. oben B I 2. b) aa).

(3) Aufhebungsklage vor dem staatlichen Gericht

So umfangreich, ineinandergreifend und kompliziert die Regelung der Schiedsfähigkeit der internationalen Vereinbarungen sich im Einredevorfahren vor dem staatlichen Gericht auswirken, so überraschend knapp ist die Problematik bei der Aufhebungsklage, soweit es sich um die Kartellschiedsgerichtsbarkeit handelt. Die Aufhebungsklage richtet sich im deutschen Recht nach § 1041 ZPO.

§ 1041 Abs. 1 ZPO lautet:

"Die Aufhebung des Schiedsspruches kann beantragt werden:

1. wenn dem Schiedsspruch ein gültiger Schiedsvertrag nicht zugrunde liegt ...
2. wenn die Anerkennung des Schiedsspruches gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde;"

Nur für § 1041 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO ist die Schiedsfähigkeit relevant¹⁾. Der Schiedsspruch wird nicht von selbst unwirksam, solange er nicht aufgehoben wird²⁾. Die Aufhebung nach § 1041 ZPO gilt aber ausschließlich für inländische Schiedssprüche³⁾. Sie ist also nur für solche Schiedssprüche möglich, die inländischem, also deutschem Verfahrensrecht unterstehen. Da Kartellstreitigkeiten nach

1) Gegen die öffentliche Ordnung verstößt ein Schiedsspruch, der eine Norm verletzt, welche die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens in zwingender, dem Parteibelieben entzogener Weise regelt und nicht nur auf bloßen Zweckmäßigkeitsüberlegungen beruht: SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 III 2 a; SCHWAB S. 177 m.w.N.; BELKE AWD 1969, S. 214 (215 ff.).

2) SCHWAB S. 170.

3) Statt vieler SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 V.

deutschem Recht schiedsfähig sind¹⁾, wirft die Schiedsfähigkeit und ihre Regelung in den internationalen Vereinbarungen bei der Aufhebungsklage nach § 1040 ZPO keine Probleme auf, solange bei dem anzuwendenden Recht nicht Schiedsvereinbarung und Schiedsverfahren unterschiedlich behandelt werden²⁾.

Wie ist die Rechtslage, wenn für das Verfahren ausländisches Recht maßgeblich, und eine Kartellstreitigkeit nach diesem Recht nicht schiedsfähig ist? Da der Schiedsspruch als ausländischer angesehen wird³⁾, ist eine Aufhebungsklage hier nicht zulässig. Gegen ausländische Schiedssprüche ist nur die Versagung ihrer Anerkennung in Deutschland und damit ihrer hiesigen Vollstreckung möglich. Die Wirkung des Schiedsspruches kann nicht aberkannt werden. Der Richter ist an den Inhalt des Schiedsspruches gebunden⁴⁾. Damit ist auch belanglos, ob die entschiedene Streitigkeit nach ausländischem Recht schiedsfähig ist. Somit haben internationale Vereinbarungen grundsätzlich bei der Aufhebung eines inländischen Schiedsspruches in Deutschland nach § 1041 ZPO keinen Einfluß. Die Aufhebung ausländischer Schiedssprüche ist in Deutschland nicht möglich.

(4) Vollstreckungsverfahren

Die Vollstreckbarerklärung inländischer Schiedssprüche richtet sich nach § 1042 ZPO. Gemäß § 1042 Abs. 2 ZPO ist die Vollstreckungserklärung nur

1) Vgl. oben B I 2. b).

2) Eine solche Unterscheidung ist seltener als die unterschiedliche Rechtswahl für Schiedsvertrag und Hauptvertrag.

3) SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 122.

4) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 V.

abzulehnen, wenn einer der in § 1041 ZPO genannten Aufhebungsgründe vorliegt. Durch den Verweis auf § 1041 ZPO gilt für die Vollstreckbarerklärung inländischer Schiedssprüche das gleiche wie für die Aufhebungsklage: die Schiedsfähigkeit ist im Rahmen des § 1041 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO zu prüfen. Bei Kartellrechtsstreitigkeiten ergeben sich keine Probleme, da sie nach deutschem Recht schiedsfähig sind. Die internationalen Vereinbarungen wirken sich nicht aus.

Die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche wird durch § 1044 ZPO geregelt. § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO bestimmt, daß die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Schiedsspruches in Deutschland dann abzulehnen ist, wenn der Schiedsspruch nach dem Verfahrensrecht, unter dem der Schiedsspruch gefällt wurde, rechtsunwirksam ist. Nach § 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf der Schiedsspruch nicht vollstreckt werden, wenn die Anerkennung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen würde. Für Nr. 1 und Nr. 2 des § 1044 ZPO könnte die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes und deren Regelung in den internationalen Vereinbarungen relevant werden¹⁾.

(a) Die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO

Zunächst soll hierbei der Versagungsgrund des § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO untersucht werden. Die

1) Zum Beispiel bei einem Schiedsspruch über eine kartellrechtliche Streitigkeit, die nach dem Recht dem der Schiedsvertrag untersteht, nicht-schiedsfähig ist. Soll dieser Schiedsspruch in Deutschland für vollstreckbar erklärt werden, so ist zu untersuchen, welchen Einfluß seine Nicht-schiedsfähigkeit und welchen Einfluß diesbezüglich die Internationalen Vereinbarungen haben.

Unwirksamkeit des Schiedsspruches wird häufig dann gegeben sein, wenn er nicht auf einer gültigen Schiedsvereinbarung beruht. Denn der Schiedsspruch muß durch einen gültigen privatautonom gesetzten Rechtsakt gedeckt sein¹⁾. Die Prüfung des Schiedsspruches wird also in eine Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung münden. Entsprechend ist auch die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes bei der Vollstreckbarerklärung von Bedeutung. Die mangelnde Schiedsfähigkeit wird die Nichtigkeit des Schiedsvertrages nachsichziehen.

Wenn nun die Schiedsvereinbarung nach ausländischem Recht ungültig ist, kann diese Ungültigkeit nach dem gemäß § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO maßgeblichem ausländischem Recht die Unwirksamkeit des Schiedsspruches nach sich ziehen. Dies muß aber nicht so sein: Es ist möglich, daß der Schiedsspruch wirksam ist, obwohl er auf einem ungültigen Schiedsvertrag beruht²⁾. Unabhängig von der ausländischen Rechtsordnung folgt aus der Unwirksamkeit des Schiedsvertrages auch dann nicht die Unwirksamkeit des Schiedsspruches, wenn der Anerkennungsgegner nicht zuvor von einem Rechtsbehelf Gebrauch gemacht hat³⁾. Wenn die Unwirksamkeit des Schiedsvertrages nicht die Unwirksamkeit des Schiedsspruches nach sich zieht, dann ist dem Schiedsspruch auch in Deutschland gemäß § 1040 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht die Anerkennung deshalb zu versagen, weil es an einem tragenden gültigen Schiedsvertrag fehlt⁴⁾. § 1044 ZPO stellt das Erfordernis der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht selbständig auf und damit auch nicht die Schiedsfähigkeit auf dem anzuwendenden ausländischen

1) SCHLOSSER Rndr. 668.

2) SCHLOSSER Rdnr. 674.

3) BGHZ 55, S. 153.

4) SCHLOSSER Rdnr. 674.

Recht¹⁾. Hierdurch besteht die Möglichkeit unterschiedlicher Rechtsfolgen von Einredev Verfahren und Vollstreckungsverfahren. Es ist möglich, daß eine Vereinbarung im Einredev Verfahren als ungültig behandelt wird²⁾, der auf ihrer Grundlage ergangene Schiedsspruch gleichwohl anerkannt werden muß! Die nicht unwahrscheinliche Folge kann ein Wettlauf beider Verfahren, des Verfahrens vor dem deutschen staatlichen und des Verfahrens vor dem privaten Schiedsgericht sein: wird das staatliche Urteil rechtskräftig, und ergeht ein Schiedsspruch, der im Widerspruch dazu steht, dann ist dieser Schiedsspruch aufzuheben, weil er gegen die Rechtskraft eines deutschen Urteils und damit gegen den deutschen ordre public verstößt. Wenn dagegen zuerst der Schiedsspruch ergeht, ist das staatliche deutsche Gericht an dessen Rechtskraft gebunden³⁾. Die Klage vor dem staatlichen Gericht wäre abzuweisen.

Anders als § 1044 ZPO wird in den internationalen Vereinbarungen die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes ausdrücklich als Vollstreckungsvoraussetzung genannt. Hier wird zum Teil das Recht des Exequaturstaates, zum Teil das vereinbarte Recht zum maßgebenden erklärt. So verlangen Art. 1 b GA und bedingt Art. 5 Abs. 2 a UNÜ die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nach dem Recht des Exequaturstaates, während Art. 1 a GA eine gültige Schiedsvereinbarung verlangt und die dafür maßgebliche Rechtsordnung nicht nennt. Auch Art. 5 Abs. 1 a UNÜ bindet

1) Anders dagegen § 1041 Nr. 1 ZPO.

2) Z.Bsp. nach deutschem Recht nicht formgültig; da im Einredev Verfahren mit der Anwendung des lex fori gerechnet werden muß; vgl. oben B I 2. d) cc) (2).

3) Vgl. § 1040 ZPO.

die Versagung der Vollstreckung an die Schiedsfähigkeit und läßt die anwendbare Rechtsordnung offen. Wenn das deutsche staatliche Gericht bei der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches das Genfer Abkommen und das UN-Übereinkommen anzuwenden hat, kann die Schiedsfähigkeit nach ausländischem Recht also doch mehr Bedeutung gewinnen. Damit sind die Regelungen des Genfer Abkommens und des UN-Übereinkommens strenger als das deutsche Recht mit seinem liberalen § 1044 ZPO¹⁾. Doch wer sich in diesem Bereich festlegt, irrt schnell. Denn dank der Meistbegünstigungsklauseln im Genfer Abkommen und im UN-Übereinkommen kann letztlich der § 1044 ZPO doch maßgeblich sein, so daß über ihn eine Anerkennung von Schiedssprüchen in Deutschland möglich ist, die nach dem Genfer Abkommen und dem UN-Übereinkommen mangels wirksamen Schiedsvertrages nicht anzuerkennen wären²⁾.

Die Meistbegünstigungsklauseln in den internationalen Vereinbarungen erlauben eine solche Vielzahl Kombinationsmöglichkeiten, daß ihre theoretische Darstellung nicht sinnvoll ist. Es verbleibt zunächst, auf dieses Phänomen hinzuweisen und die oben genannten Möglichkeiten aufzuzeigen.

Keine neuen Probleme im Vollstreckungsverfahren ergeben sich bei der Anwendung des europäischen Übereinkommens. Gemäß Art. 6 Abs. 2 c a.E. EU kann das Gericht des Vollstreckungsstaates auf die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes nach seinem

1) Vgl. SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1044 III B 1.

2) SCHLOSSER RdNr. 674; so ist es möglich, daß eine nach ausländischem Recht nicht schiedsfähige Kartellstreitigkeit zu einem Schiedsspruch führt, der jedenfalls nicht an § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO scheitert.

eigenen Recht abstellen, muß es aber nicht¹⁾. Bei wettbewerbsrelevanten Streitigkeiten ergäben sich hier keine Probleme in Deutschland. Anders als im Einredevverfahren wirkt sich hier der Art. 6 II c EÜ nicht verschärfend aus. Im Gegensatz zum Genfer Abkommen und zum UN-Übereinkommen verzichtet das europäische Übereinkommen auf einen Katalog von zwingenden Versagungsgründen. Nur für den Fall, daß der Schiedsspruch bereits in einem anderen Land aufgehoben wurde, regelt das europäische Übereinkommen, inwieweit dies zu einer Versagung der Anerkennung führen kann²⁾. Art. 6 Abs. 2 a.A.³⁾ hat keinen unmittelbaren Einfluß, da der § 1044 ZPO die Prüfung des Schiedsvertrages nicht selbständig vorschreibt.

(b) Die Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 II Nr. 2 ZPO

Unbeeinflusst von den Schiedsfähigkeitsregelungen der internationalen Vereinbarungen bleibt schließlich § 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO: Solange kartellrechtliche Streitigkeiten nach deutschem Recht schiedsfähig sind, ergeben sich bei der ordre public-Kontrolle keine Schwierigkeiten. Wenn der Kartellstreit nach ausländischem Recht nicht schiedsfähig ist, kann das bei der Anerkennung des Schiedsspruches nach dem deutschen ordre public nicht beachtlich sein.

(5) Mitwirkungersuchen an staatliches Gericht

(a) Gesetzlich geregelte Möglichkeiten

Die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes und damit die entsprechenden Regelungen in den

1) Vgl. oben B I 2. d) cc) (2).

2) Vgl. oben B I 2. d) cc) (2).

3) "Hat das Gericht über Bestehen oder Gültigkeit eines Schiedsvertrages zu entscheiden, ..."

internationalen Vereinbarungen können schließlich noch bei einem Mitwirkungersuchen an ein staatliches deutsches Gericht relevant werden. Drei Arten solchen Mitwirkens sind nach deutschen Zivilprozeßrecht gesetzlich geregelt:

- §§ 1029 Abs. 2, 1031 S. 2 i.V.m. § 1045 Abs. 2 ZPO bestimmen, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein Schiedsrichter durch ein staatliches Gericht ernannt werden kann.
- Die Ablehnung eines Schiedsrichters nach § 1032 Abs. 1 ZPO kann nur durch ein staatliches Gericht bestätigt werden¹⁾.
- Schließlich kann ein staatliches deutsches Gericht noch um die Vornahme einer richterlichen Handlung ersucht werden, zu deren Vorname die Schiedsrichter selbst nicht befugt sind: § 1036 ZPO.

Für jeden dieser drei Fälle gilt § 1045 ZPO, der regelt, welches staatliche Gericht weiterhin entscheiden soll.

(b) Überprüfungspflicht der Schiedsvereinbarung durch deutsches Gericht?

Es fragt sich, ob das deutsche staatliche Gericht im Falle eines Mitwirkungersuchens die Wirksamkeit der jeweiligen Schiedsvereinbarung prüfen muß, bevor es in erwünschter Weise tätig wird. Bejaht man dies, dann ist noch offen, ob das deutsche staatliche Gericht die Gültigkeit des Schiedsvertrags von Amts wegen oder nur auf Einrede hin prüft.

Beide Fragen kann man unterschiedlich beurteilen. Für eine Prüfung der Schiedsvereinbarung von Amts wegen spricht folgendes: nur der gültige

1) Das sagt zwar nicht der Wortlaut des § 1032 ZPO, ergibt sich aber schon aus § 1045 ZPO und ist unstreitig; vgl. ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1032 Anm. 3 A.

Schiedsvertrag könnte den Richter zu den zu treffenden Maßnahmen ermächtigen. Das Staatsgericht darf seine Staatsgewalt nicht "blindlings" für ein ungesetzliches Schiedsverfahren einsetzen¹⁾. Deswegen darf es auch nicht darauf ankommen, ob die Prüfung des Schiedsvertrages umfangreich und kompliziert ist²⁾. Gegen das zuletzt Gesagte spricht allerdings, daß ein Schiedsgericht an eine solche Vorentscheidung durch ein staatliches Gericht nicht gebunden ist³⁾. Es erwächst dieser Entscheidung durch das staatliche Gericht keine Rechtskraft⁴⁾. Auch ein anderes, später z.B. mit der Aufhebungsklage befaßtes staatliches Gericht ist nicht hieran gebunden. Lehnt ein staatliches deutsches Gericht ein Mitwirken nach § 1036 ZPO ab, weil es die Schiedsvereinbarung für ungültig hält, kann es durch diese Ablehnung die Beweiserhebung sperren, ohne daß das Schiedsverfahren selbst in seinem Bestand betroffen ist⁵⁾. Dies kann im Ergebnis zu widersprüchlichen Entscheidungen führen.

Hieraus könnte man den Schluß ziehen, daß das staatliche Gericht den Schiedsvertrag zunächst nur auf Einrede prüfen muß und sein Mitwirken auch nur ablehnen kann, wenn der Schiedsvertrag ganz offensichtlich unwirksam ist⁶⁾. Das staatliche Gericht wäre nicht verpflichtet, Zweifeln über die Gültigkeit

1) BUHMANN, S. 29 ohne zwischen den §§ 1029 und 1036 ZPO zu unterscheiden.

2) SCHWAB, S. 132 bezüglich § 1036 ZPO, dito. bezüglich § 1029 Abs. 2 ZPO; SCHWAB befürwortet eine Prüfung der Schiedsvereinbarung nur auf Einrede einer Partei mit Hinweis auf das Verfahren bei der Vollstreckbarerklärung.

3) Vgl. § 1037 ZPO.

4) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1029 II 3.

5) ALBERS in Baumbach/Lauterbach § 1036 2 B.

6) So SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1029 II 3.

des Schiedsvertrages nachzugehen¹⁾. Das oben Angeführte kann schließlich eines der Argumente dafür sein, dem staatlichen Gericht bei einem Mitwirkungsersuchen eine Prüfung der Schiedsvereinbarung ganz zu erlassen²⁾.

Die Zivilprozeßordnung schweigt zu diesem Problem. Zwar muß ein Antrag auf Mitwirkung des staatlichen Gerichtes nach der ZPO zulässig sein, aber ob die Zulässigkeit des Antrages von einem gültigen Schiedsvertrag abhängt, ist nicht geregelt. Das OLG Stuttgart leitet seine Entscheidung weitgehend aus den Rechtsfolgen her, wenn eine Prüfungspflicht bejaht würde: gemäß § 1037 ZPO besteht keine Bindung des Schiedsgerichtes an die Entscheidung des Staatsgerichtes. Der Schiedsspruch kann also zustandekommen, obwohl das staatliche Gericht ein Mitwirken abgelehnt hat, und dadurch möglicherweise nur eine mangelhafte Beweiserhebung stattfand. Es könne aber nicht im Sinne des Gesetzes sein, daß ein staatliches Gericht durch sein Verhalten Anlaß zu einem falschen Schiedsspruch gibt³⁾.

Des weiteren ergeben sich Bedenken wegen der nachteiligen Folgen für das Schiedsverfahren selbst. Das Staatsgericht müßte den Schiedsvertrag eingehend prüfen. Es muß dabei möglicherweise sogar den Hauptvertrag berücksichtigen. Die Prüfung des Schiedsvertrages kann also äußerst schwierig werden und unter Umständen eine eingehende Beweiserhebung benötigen.

1) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1036 Abs. 2 auf OLG Stuttgart NJW 1958, S. 1048 Bezug nehmend; für Prüfung von Amts wegen einerseits, Ablehnung der Mitwirkung nur bei offensichtlicher Unwirksamkeit des Schiedsvertrages andererseits spricht sich ALBERS aus in Baumbach/Lauterbach § 1036 2 B. Ebenfalls für eine Prüfung des Schiedsvertrages beim Mitwirkungsersuchen an ein staatliches Gericht: HABSCHEID KTS 1958, S. 177 (179); ROSENBERG/SCHWAB § 176 I 1 d zu § 1036 ZPO; dito. WIECZOREK/SCHÜTZE § 1036 B III a 1.

2) So OLG Stuttgart NJW 1958, S. 1048.

3) OLG Stuttgart aaO.

Dies hätte zur Folge, daß das Schiedsverfahren auf lange Zeit lahmgelegt würde, zumal gegen die Entscheidung des staatlichen Gerichts Rechtsmittel eingelegt werden können¹⁾. Damit würden bereits zwei Instanzen mit der Gültigkeit des Schiedsverfahrens als Vorfrage im Mitwirkungsersuchen befaßt. Die Vorzüge eines Schiedsverfahrens - Schnelligkeit, Kostenersparnis und Nichtöffentlichkeit - wären verloren.

Ein weiterer Punkt verdient Beachtung: Es fehlt nicht nur an einer Bindung des Schiedsgerichts an die Entscheidung des staatlichen Gerichts. Da die Gültigkeit des Schiedsvertrages beim Mitwirkungsersuchen nur Vorfrage ist, wird auch das staatliche Gericht an seine frühere Entscheidung nicht gebunden. Dies kann insofern bedeutsam werden, da bei wiederholten Mitwirkungsersuchen der Schiedsvertrag stets neu geprüft werden müßte. Wenn mit einem späteren Mitwirkungsersuchen ein anderer Richter befaßt wird, sind auch hier widersprüchliche Entscheidungen denkbar. Insgesamt erscheint eine genaue Prüfung des Schiedsvertrages an dieser Stelle mit dem Zweck eines Schiedsverfahrens unvereinbar²⁾.

Es mag auf den ersten Blick dogmatisch unbefriedigend erscheinen, bei der Beantwortung dieses Problems die möglichen Rechtsfolgen der Entscheidung so zu berücksichtigen. Doch auch die Argumentation der Gegenmeinung vermag nicht zu überzeugen. Das staatliche Gericht wird nicht durch die Schiedsvereinbarung zum Mitwirken ermächtigt³⁾, sondern durch wirksamen Parteiantrag. Für dessen

1) Vgl. § 1045 Abs. 3 ZPO.

2) So auch OLG Stuttgart aaO, einräumend, daß allenfalls eine Unwirksamkeit beachtlich sein könnte, die schon bei ganz oberflächlicher Untersuchung sichtbar wird, wie z.B. ein Formmangel.

3) So aber BUHMANN aaO.

Wirksamkeit sind die üblichen prozessualen Voraussetzungen notwendig. Dafür, daß der wirksame Parteiantrag von dem Schiedsvertrag abhängt, ergibt sich aus der ZPO ja gerade nichts. Ein Mitwirken des staatlichen Gerichtes ohne vorherige Prüfung der Schiedsvereinbarung kann auch nicht unwürdig genannt werden¹⁾. Ein solches Verfahren entspricht dem zivilprozessualen Grundsatz der Parteiherrschaft über das Verfahren und ist mit den Grundsätzen des deutschen Zivilprozeßrechts eher zu vereinbaren als eine Prüfung des Schiedsvertrages von Amts wegen.

Wenn eine Partei in diesem Verfahrensabschnitt die Einrede des ungültigen Schiedsvertrages erheben würde, wäre es auf den dafür vorgesehenen Rechtsschutz der Aufhebungsklage gemäß § 1041 ZPO zu verweisen. An dieser Stelle ist ein Art. 6 Abs. 3 EÜ zu erinnern²⁾. Diese Regelung bildet für das deutsche Gericht eine Rechthängigkeit des Schiedsverfahrens und zwingt die Parteien zum Abwarten des Schiedsspruches. Bei einer Anwendung des europäischen Übereinkommens muß ein deutsches staatliches Gericht ein einmal begonnenes Schiedsverfahren bis zum Schiedsspruch abwarten und dürfte - würde es angerufen - den Schiedsvertrag nicht prüfen, sondern müßte an das Schiedsgericht verweisen. Würde es im Rahmen des selben Schiedsverfahrens um Mitwirkung ersucht, hätte es nach der herrschenden Meinung nun den Schiedsvertrag zu untersuchen. Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht sinnvoll.

Insgesamt ist aus den genannten Gründen eine Prüfungspflicht des staatlichen Gerichtes für die Gültigkeit des Schiedsverfahrens nach deutschem Recht bei einem Ersuchen um Mitwirkung abzulehnen. Wird ein

1) So SCHWAB, S. 132.

2) Siehe oben Einrede des Schiedsvertrages B I 2. d) dd) (2).

deutsches Gericht um Mitwirkung ersucht, hat es zu prüfen:

- ob die Vornahme der Handlung dem Schiedsgericht selbst untersagt ist,
- ob die richterliche Handlung als solche zulässig ist und ob sie zu seiner Kompetenz gehört¹⁾.

Auch aus den internationalen Vereinbarungen ergibt sich nichts anderes: Das Genfer Abkommen und das UN-Übereinkommen befassen sich als reine Vollstreckungsabkommen nicht mit der Mitwirkung des staatlichen Gerichtes während des Schiedsverfahrens. Art. 2 Abs. 2 GP verweist auf die für das Gericht maßgeblichen inländischen Verfahrensregeln und bringt somit gegenüber dem § 1029 ff. ZPO keine Änderung²⁾. Schließlich sagt auch Art. 6 Abs. 4 EÜ über die Prüfung des Schiedsvertrages bei einem Mitwirkungersuchen nichts³⁾. Damit steht fest, daß bei einem Mitwirkungersuchen an ein staatliches deutsches Gericht dieses weder nach deutschem Zivilprozeßrecht noch nach den internationalen Vereinbarungen verpflichtet ist, die Gültigkeit des Schiedsvertrages zu prüfen. Die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes, sei es nach deutschem oder ausländischem materiellen

1) OLG Hamburg ZJP 42, S. 200; nach dem OLG Hamburg hat das staatliche Gericht Zulässigkeit des Schiedsverfahrens nicht zu untersuchen. Hiergegen spreche § 1037 ZPO und der Wortlaut des § 1036 ZPO.

2) So BUHMANN, S. 30; Art. 2 Abs. 2 GP: die vertragsschließenden Staaten verpflichten sich, die Verfahrenshandlung, die auf ihrem Gebiet vorgenommen werden müssen, nach Maßgabe der Bestimmungen zu erleichtern, die nach ihrer Gesetzgebung für das Verfahren in Schiedssachen kraft Vereinbarung maßgebend sind.

3) Anderer Auffassung BUHMANN, S. 29; Art. 6 Abs. 4 EÜ: wird bei einem staatlichen Gericht ein Antrag gestellt, einstweilige Maßnahmen, einschließlich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, anzuordnen, so gilt dies weder als unvereinbar mit der Schiedsvereinbarung noch als Unterwerfung der Hauptsache unter die staatliche Gerichtsbarkeit.

Recht, hat daher auch keine Bedeutung für diesen Verfahrensabschnitt.

e) Mangelnde Schiedsfähigkeit internationaler Kartellstreitigkeiten gemäß § 96 Abs. 1 GWB?

aa) Die These Altenmüllers

§ 96 Abs. 1 GWB lautet:

"Die Zuständigkeit der nach diesem Gesetz zur Entscheidung berufenen Gerichte ist ausschließlich."

Aus der Vorschrift des § 96 Abs. 1 GWB könnte man den Schluß ziehen, daß durch ihn die Schiedsfähigkeit zumindest internationaler kartellrechtlicher Streitigkeiten beschränkt wird¹⁾. Dies wird zum Teil unter Berufung auf den Wortlaut des § 96 Abs. 1 GWB aus materiellen und verfahrensrechtlichen Gründen vertreten.

§ 96 Abs. 1 GWB verbietet die Prorogation im Inland. Aus § 91 I GWB i.V.m. den §§ 12-37 ZPO ergibt sich ebenso die Ausschließlichkeit der deutschen im Verhältnis zu ausländischen Gerichtsbarkeiten. Bei Zuständigkeit eines deutschen staatlichen Richters in einer Kartellsache ist eine Prorogation an ein ausländisches staatliches Gericht nicht möglich. Der § 96 I GWB verhindert also eine freie internationale Gerichtswahl. Die Gründe hierfür sind im Zusammenhang mit § 98 II GWB zu sehen. Das GWB ist gemäß § 98 II GWB auch anwendbar, wenn Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb Deutschlands veranlaßt werden. Ein ausländischer Richter wird aber deutsches Wettbewerbsrecht als in seinen Augen ausländisches Staatseingriffsrecht nicht beachten¹⁾. Eine freie internationale

1) So wohl MOK/JOHANNES AWD 1966, S. 125 (128); besonders ALTENMÜLLER, S. 34 ff.

Gerichtswahl hätte daher die Umgehung des GWB zur Folge. Dies verhindert der § 96 II GWB.

Altenmüller geht nun davon aus, daß auch ein ausländisches Schiedsgericht deutsches Wettbewerbsrecht nicht berücksichtigen wird¹⁾. Nach seiner Ansicht haben aber auch Schiedsgerichte ebenso wie staatliche Gerichte das GWB durchzusetzen²⁾. Da Schiedsgerichte zwingendes Kartellrecht beachten müßten, ein ausländisches Schiedsgericht dies aber nicht tue, sei eine Prorogation an ein ausländisches Schiedsgericht unzulässig. Eine Zulassung ausländischer Kartellschiedsgerichtsbarkeit verstoße gegen die §§ 96 I, 98 II GWB.

Gegen eine Zulassung ausländischer Kartellschiedsgerichte sprechen nach Altenmüllers Auffassung auch verfahrensrechtliche Gründe. So sei die Anwendung der §§ 90, 96 II GWB nur bei deutschen Schiedsgerichten gewährleistet. Weder die Aussetzung des Verfahrens nach § 98 II GWB, noch die Benachrichtigung der Kartellbehörden nach § 90 GWB sei von ausländischen Schiedsgerichten zu erwarten.

Aus all dem folge eine territoriale Einschränkung der Schiedsfähigkeit durch § 96 Abs. 1 GWB. Dies stehe nicht im Widerspruch zu den internationalen Handelsabkommen, da diese den Umfang der Schiedsfähigkeit den Beitrittsstaaten überlassen³⁾.

1) So ALTENMÜLLER, S. 36, 37.

2) ALTENMÜLLER, S. 36; Schiedsgerichte seien kein legales Mittel, Parteien aus der Verpflichtung des wirtschaftspolitisch begründeten Kartellrechts zu entlassen.

3) ALTENMÜLLER, S. 34 ff., S. 39 a.E., S. 40; wohl zustimmend MOK/JOHANNES AWD 1966, S. 125 (128); MOK/JOHANNES halten bezugnehmend auf die deutsche Regelung des § 96 Abs. 1 GWB Schiedsklauseln für nichtig, die Kartellstreitigkeiten einem Schiedsgericht außerhalb der EG unterstellen.

bb) Auslegung des § 96 Abs. 1 GWB

Altenmüllers Auslegung des § 96 Abs. 1 GWB wird von Rechtsprechung und Literatur nicht geteilt. Hierbei wird auf den Wortlaut des § 96 Abs. 1 GWB verwiesen¹⁾ oder aber aus der gesetzlichen Systematik geschlossen, daß es eine ausschließliche Zuständigkeit nur für staatliche Gerichte geben könne. Da es sich bei Schiedsgerichten um private Gerichte handle, würden sie durch den § 96 Abs. 1 GWB nicht berührt²⁾.

Die Auslegung des § 96 Abs. 1 GWB vom Wortlaut läßt beide Auffassungen zu. Die Formulierung "der nach diesem Gesetz zur Entscheidung berufenen Gerichte" kann die gesamte deutsche Zivilgerichtsbarkeit einschließlich der Schiedsgerichte nach deutschem Schiedsverfahren umfassen. Als Kontrapunkt, d.h. als "ausgeschlossene" Gerichte könnte man die gesamte ausländische Zivilgerichtsbarkeit verstehen: ausländische staatliche Gerichte und ausländische Schiedsgerichte. Umgekehrt kann man die Formulierung "nach diesem Gesetz berufen" auch so verstehen, daß damit nur die im GWB ausdrücklich genannten also nur die staatlichen Gerichte gemeint sind³⁾. Hierunter fallen die Schiedsgerichte nicht. Der § 91 Abs. 1 GWB, der Schiedsgerichte ausdrücklich erwähnt, ist keine Zuständigkeitsregelung. Der Wortlaut hilft daher bei der Auslegung des § 96 Abs. 1 GWB nicht.

Aus der Systematik des GWB läßt sich folgen-

-
- 1) SCHREVEN in Müller/Gießler/Scholz § 96 Rdnr. 1.
 - 2) Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 96 Rdnr. 2; v. RENTHGE gen. Fink in GK § 96 Rdnr. 3; REHBINDER S. 325, 326; WuW/E BGH 523 (527) "Schotter"; BGH NJW 1927, S. 1178 re.Sp. "Schweißbolzen"; insgesamt wohl auch SCHWARTZ S. 146 ff. zu § 91 GWB.
 - 3) Vgl. u.a. Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 96 Rdnr. 3.

des gewinnen: § 91 GWB zeigt nur, daß bei Kartellstreitigkeiten die deutsche Schiedsgerichtsbarkeit keinesfalls ausgeschlossen ist. Es könnte aber die ausländische Schiedsgerichtsbarkeit unzulässig sein.

Dann müßte es ein Argument geben, das zwar gegen die Zulassung ausländischer Schiedsgerichte, aber nicht gegen deutsche Schiedsgerichte spricht. Nach Altenmüller ergibt sich dieses Argument aus § 98 Abs. II Satz 1 GWB. § 98 Abs. II Satz 1 GWB schreibt die Anwendbarkeit des GWB auch für Wettbewerbsbeschränkungen vor, die im Ausland veranlaßt wurden. Altenmüller befürchtet die Nichtanwendung des GWB durch ausländische Schiedsgerichte. Doch ist die Gefahr der Nichtanwendung des GWB bei ausländischen Schiedsgerichten größer als bei deutschen?

Das ist aus folgendem Grund nicht so: Die Unterscheidung zwischen deutschen und ausländischen Schiedsgerichten richtet sich nur nach dem anzuwendenden Schiedsverfahrensrecht - der *lex processualis*¹⁾. Diese Unterscheidung hat für das vom Schiedsgericht anzuwendende materielle Recht keine Bedeutung. Gilt eine ausländische *lex processualis*, spricht man vom ausländischen Schiedsgericht. Gilt eine deutsche *lex processualis*, handelt es sich um ein deutsches Schiedsgericht. Ob das deutsche Schiedsgericht die deutsche materielle GWB-Norm anwendet, ist ebenso gewiß oder ungewiß wie bei einem ausländischen Schiedsgericht. Die nach § 98 Abs. II Satz 1 GWB zwingende Anwendung des GWB ist somit kein Argument, welches gegen die Zulassung ausländischer Schiedsgerichte in Kartellsachen spricht. Eine restriktive Auslegung des § 98 Abs. I GWB im Sinne eines Verbotes

1) Vgl. SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 222.

der Prorogation an ausländische Schiedsgerichte läßt sich damit nicht begründen. § 98 Abs. I GWB untersagt lediglich die Prorogation an ausländische staatliche Gerichte.

§ 96 Abs. 1 GWB ist vielmehr ausschließlich im Zusammenhang mit der in den §§ 87 ff. GWB geregelten Konzentration der Kartellrechtspflege bei bestimmten Gerichten zu sehen¹⁾. Die Gründe für diese Konzentration sprechen nicht gegen eine Zulassung ausländischer Schiedsgerichte²⁾.

Letztlich ausschlaggebend ist, daß die oben vertretene Auffassung durch die internationalen Abkommen ausdrücklich verboten wird. So sagt Art. 3 UNÜ:

Die Anerkennung oder Vollstreckung von Schiedssprüchen, auf die dieses Übereinkommen anzuwenden ist, darf weder wesentlich strengeren Verfahrensvorschriften... unterliegen, als die Anerkennung und Vollstreckung inländischer Schiedssprüche.

Selbst wenn man nun sagt, daß es dem Staat dadurch unbenommen sei, die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes selbst festzustellen³⁾, so spricht doch aus Art. 3 UNÜ und auch aus Art. 5 Abs. 1 a, Abs. 2 a UNÜ, daß der Staat an die Schiedsfähigkeit

1) Karsten SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker, § 96 Rdnr. 1; siehe auch oben B I 2. b) bb) (2).

2) Siehe die Gründe B I 2 b) bb) (2) (b).

3) So ALTENMÜLLER, S. 39 a.E., 40.

nicht strengere Anforderungen stellen darf, wenn sich das Schiedsverfahren nach ausländischem Recht richtet¹⁾. Auch die Gefahr der Umgehung des GWB führt zu keinem anderen Ergebnis. Sobald der deutsche Staat mit der Sache befaßt wird, insbesondere bei der Anerkennung und Vollstreckung, ist die Kontrolle auf Einhaltung des GWB letztlich im Rahmen des ordre public-Vorbehaltes möglich. Wird er nicht damit befaßt, weil der Schiedsspruch zum Beispiel freiwillig oder gar nicht in Deutschland vollstreckt wird, bleibt die Anwendung des GWB zwar im Dunkeln, doch ist das keine Eigenart ausländischer Schiedsgerichtsbarkeit²⁾.

Eine territoriale Beschränkung der Schiedsfähigkeit kartellrechtlicher Streitigkeiten ist weder dem Wortlaut des § 96 Abs. 1 GWB noch der Systematik des GWB zu entnehmen. Eine solche Auslegung ergibt sich auch nicht aus dem Bedürfnis, eine Umgehung des GWB zu vermeiden, da die Unterscheidung zwischen inländischem und ausländischem Schiedsgericht nur dem anzuwendenden Verfahrensrecht zu entnehmen ist, über das anzuwendende materielle Recht aber nichts aussagt. Sie widerspricht vielmehr dem Geist der internationalen Vereinbarungen, die eine unterschiedliche Behandlung inländischer und ausländischer Schiedsgerichtsbarkeit vermeiden wollen.

-
- 1) So ausdrücklich gegen Altenmüller: SCHLOSSER, Rdnr. 282.
- 2) SCHLOSSER, Rdnr. 307 a.E. fragt noch mit Recht, warum nicht ein ausländisches Schiedsgericht über eine Kartellstreitigkeit mit deutscher Partei entscheiden solle, wenn der Streit auf Deutschland keine Auswirkung habe.

3. § 91 Abs. 1 S.1 GWB

Im gesamten GWB gibt es nur eine Norm, die sich mit der Schiedsgerichtsbarkeit befaßt: § 91 GWB. Nachdem bereits festgestellt wurde, daß § 91 GWB keine Regelung der Schiedsfähigkeit enthält¹⁾, soll diese Norm nun näher betrachtet werden. Die Formulierung des § 91 GWB insbesondere seines Abs. 1 und Abs. 2 ist aufgrund des Satzbaus und seiner Verweisung auf andere GWB-Normen nicht ohne weiteres verständlich. § 91 GWB läßt bei bestimmten Verträgen eine Schiedsvereinbarung nur unter einer Bedingung zu. Die Schiedsvereinbarung muß eine Wahlmöglichkeit enthalten. Den Parteien muß möglich sein, sich im Streitfall auch an ein staatliches Gericht zu wenden. Die Schiedsvereinbarung darf also nicht bindend sein. Enthält eine Schiedsvereinbarung eine solche Wahlmöglichkeit nicht, ist sie nichtig. Für die Parteien ist es also wichtig zu wissen, wann sie § 91 GWB beachten müssen und welche Folgen sich aus der Nichtbeachtung für den gesamten Streit ergeben.

a) Schiedsverträge

Der Begriff des Schiedsvertrages, der in § 91 GWB nicht definiert ist, ergibt sich zunächst aus § 1025 Abs. I ZPO. Schiedsvertrag ist jede Vereinbarung, auf Grund welcher die Entscheidung eines Rechtsstreites durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen soll.

Doch nicht nur die vertragliche, sondern jede privatautonome Einsetzung eines Schiedsgerichts wird von § 91 GWB erfaßt¹⁾. Somit fallen auch satzungsmäßige Schiedsklausel von Körperschaften, die als "Verfügungen" im Sinne des § 1048 ZPO gelten, unter § 91 GWB.

1) Vgl. oben B I 2. b) aa).

Dagegen ist § 91 GWB anerkanntermaßen nicht auf die Vereinsschiedsgerichtsbarkeit anwendbar, da die Vereinsstrafgewalt ohnehin der gerichtlichen Kontrolle unterliegt¹⁾. Ebenso gilt § 91 GWB nicht für Schiedsgutachten. Da der Schiedsgutachter nicht die Aufgaben des staatlichen Richters wahrnimmt, entfällt hier der Wunsch nach Sicherung staatlicher Rechtspflege²⁾.

b) Die in § 91 Abs. 1 S. 1 GWB genannten Streitigkeiten

Die in § 91 Abs. 1 GWB postulierte Wahlmöglichkeit ist nur bei Schiedsvereinbarungen zu den in § 91 GWB ausdrücklich genannten Verträgen notwendig. Dies sind alle Verträge, die § 1 GWB umfaßt, daneben die nach den in § 2-5 b erlaubten Kartellverträge, also Konditionen-, Rabatt-, Strukturkrisen-, Rationalisierungs- und Spezialisierungskartelle, sowie Verträge über Kooperationserleichterungen. Daneben gilt § 91 Abs. 1 GWB für Einfuhrkartellverträge nach § 7 GWB sowie für Kartellverträge, die durch eine Ministererlaubnis nach § 8 GWB zustandegekommen sind. Weiterhin fallen unter § 91 GWB Vereinbarungen nach § 29 GWB, in denen sich die Parteien zur Einhaltung von eingetragenen Wettbewerbsregeln verpflichten, sowie Verträge, die zu den Ausnahmebereichen des GWB gemäß §§ 99 Abs. 2 1-4, 100, 102, 103 GWB gehören. Schließlich müssen auch Schiedsverträge über Schadensersatzstreitigkeiten aus § 35 GWB eine Wahlmöglichkeit im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB enthalten. § 91 GWB gilt auch für ausländische Schiedsgerichtsbarkeit, soweit § 98 GWB die Anwendung des GWB vorschreibt³⁾. Bei Abfassen der Schiedsvereinbarung ist

1) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 GWB Rdnr. 6 m.w.N.

2) Derselbe aaO, Rdnr. 9, 10.

3) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 GWB Rdnr. 12.

unter anderem also immer § 91 GWB zu beachten, wenn der Hauptvertrag unter diese in § 91 Abs. 1 GWB genannten Normen fällt. Soweit der Anwendungsbereich dieser Normen reicht, ist auch der auf sie bezugnehmende § 91 GWB anwendbar. Dies folgt jedenfalls aus dessen Wortlaut. Es fragt sich, ob diese Gesetzessystematik auch gerechtfertigt ist. Veränderungen im Anwendungsbereich der von § 91 GWB genannten Normen könnten den Anwendungsbereich des § 91 Abs. 1 GWB selbst so verändert insbesondere erweitert haben, daß dies von seinem ursprünglichen Zweck nicht mehr gerechtfertigt ist¹⁾. Insbesondere das rechtliche Verständnis des § 1 GWB hat sich so verändert, daß dies im Zusammenhang mit dem Gesetzeszweck des § 91 GWB näher zu untersuchen ist.

c) Zusammenhang zwischen der Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 1 GWB und dem Gesetzeszweck des § 91 GWB

aa) Das funktionale Verständnis des § 1 GWB

Vor Erlaß des GWB dominierte bei Kartellverträgen ein organisationsrechtliches Verständnis. Kartellverträge beinhalteten ein Gesellschaftsverhältnis oder zumindest ein gesellschaftsähnliches Verhältnis²⁾. In Anlehnung an § 705 BGB enthielten sie eine gesellschaftsrechtliche Bindung. Dies wirkte sich bei Entstehung des GWB in § 1 GWB durch das Merkmal "zu

1) Hierauf deutet die Auffassung hin, daß z.B. der Begriff der Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen und Beschlüssen enger auszulegen sei, als der in § 87 Abs. 1 GWB verwandte Begriff: SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 15; § 87 GWB erfasse alle Vertragstypen, in denen ein Verstoß gegen das GWB enthalten ist. Dies müsse bei § 91 GWB anders sein, da sonst die Beteiligten nicht wüßten, ob ihr Schiedsvertrag unter § 91 GWB fällt: SCHMIDT aaO.

2) Vgl. nur RGZ 114, S. 264.

einem gemeinsamen Zweck" aus. Die Funktion dieses Tatbestandsmerkmals lag in einer Abgrenzung des Kartellvertrages von Austausch- und Individualverträgen. Seit Bestehen des GWB hat sich das Verständnis und der Anwendungsbereich des § 1 GWB, an dem sich § 91 GWB weitgehend orientiert, verändert. Das klassische, gesellschaftsähnliche Kartell spielt beim Bemühen um Wettbewerbserhaltung und bei der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkung nur noch eine untergeordnete Rolle. Die Auslegung des § 1 GWB durch das Bundeskartellamt und die Rechtsprechung haben dessen Anwendungsbereich stark erweitert. Zunächst war Grundlage der Anwendung die enge Gegenstandstheorie, von der man sich bald durch ein funktionales Verständnis des Gesetzeswortlautes entfernte. Das Kriterium "Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck" wurde zunehmend relativiert. Durch Auslegung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung gemäß § 133 BGB sollte der wirkliche Parteiwillen ermittelt werden. Dies führte zu einer erneuten Ausdehnung des Anwendungspotentials des § 1 GWB¹⁾. Es sollten sogar Wettbewerbsbeschränkungen einbezogen werden, die von den Beteiligten lediglich nach Treu und Glauben einzuhalten sind²⁾.

Die Entwicklung führte über die Zweck-schließlich zur Folgetheorie. Sie bedeutete die konsequente Lösung der Auslegung des § 1 GWB vom organisationsrechtlichen Denken³⁾. Das als Maßstab angelegte Spürbarkeitskriterium vergrößerte noch die

1) Vgl. IMMENGA in Immenga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 304 ff.; STEINDORFF, S. 192.

2) Derselbe aaO und Rdnr. 131: "bei dem Vertragsbegriff des § 1 GWB ist die Ersetzung des rechtlichen Bindungswillens durch den tatsächlichen geboten".

3) Derselbe aaO Rdnr. 325.

Unsicherheit bei der Beurteilung von Verträgen¹⁾.

Bei § 1 GWB liegt der Schwerpunkt kartellrechtlicher Fragen. Diese Fragen stellen sich aber wegen der skizzierten Entwicklung nicht mehr im Zusammenhang mit Kartellen im ursprünglichen Sinn, sondern bei Zusammenarbeits-, Lizenz-, Bezugs-, Vertriebs- und Unternehmensveräußerungsverträgen. Da die klassischen Kartelle eine untergeordnete Rolle spielen und der Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgeweitet wurde, verlagerte sich die eigentliche Kartellschiedsgerichtsbarkeit immer mehr in Verfahren über normale kommerzielle Auseinandersetzungen²⁾. Dies betrifft nicht nur die inländische, sondern auch die ausländische Schiedsgerichtsbarkeit, soweit der § 91 GWB angewendet werden muß.

bb) Die kartellorganisationsrechtliche Zielsetzung des § 91 GWB

Ob das mit der Entwicklung des Kartellrechts verbundene ausgedehnte Anwendungspotential des § 91 Abs. 1 GWB gerechtfertigt ist, läßt sich nur beantworten, wenn man die Zielsetzung des § 91 Abs. 1 GWB kennt.

(1) Die Situation vor dem GWB

Nichts macht den Grund für die Regelung des § 91 GWB und seine Zielsetzung so deutlich wie ein Blick auf

1) Vgl. LIEBERKNECHT S. 313, 314; IMMENGA in Immennga/Mestmäcker § 1 Rdnr. 356 ff.: Spürbarkeitskriterien sind unterschiedlich schon wegen der notwendigen Abgrenzung des relevanten Marktes und die dafür zum Teil voneinander abweichenden Maßstäbe.

2) LIEBERKNECHT S. 314; vgl. MÖSCHEL S. 108 ff. zu WUW/E BGH 810, 815 "Zinncofot"; eine Befreiung des § 1 GWB von organisationsrechtlichen Interpretationen erfolgt ebenso durch § 25 Abs. 1 GWB, in dem das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens vertragsunabhängig niedergelegt ist: IMMENGA aaO Rdnr. 9; vergleiche jetzt auch KG v. 26.2.1986 "Selex/Tania" und die Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften des Handels durch das Bundeskartellamt.

den Zustand des Kartellwesens vor dem 2. Weltkrieg. Das Kartellwesen wurde wesentlich durch die Kartellschiedsgerichtsbarkeit geprägt¹⁾. Die Aufzählung folgender Kartelle und Kartellverträge möge das belegen. Sie stammen aus dem nationalen und internationalen Bereich und enthalten allesamt Schiedsgerichtsvereinbarungen:

- Kundenschutzverträge der rheinisch-westfälischen Brauerein,
- Konditionenkartell der Automobilwirtschaft von 1924,
- Morgan-Agreement von 1902,
- Atlantic-Conference von 1908,
- Mediterianean-Conference von 1909,
- Skippers-Rate-Agreement von 1936,
- deutsch-französisches Kalisyndikat von 1926,
- kontinentales Röhrenkartell von 1926,
- Internationaler Schwarzblechverband von 1926²⁾,
- Art. 19 Internationaler Glühlampenvertrag³⁾,
- Art. 13 Internationale Rohstahlgemeinschaft von 1947⁴⁾,
- Art. 16 Internationale Rohstahlexportgemeinschaft von 1933⁵⁾,
- Art. 22 Internationaler Halbzeugverband von 1933⁶⁾,
- Art. 30 Internationaler Schienenkartellvertrag⁷⁾,
- Art. 13 amerikanisch-deutscher Elektrogerätekartellvertrag von 1938⁸⁾.

-
- 1) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 1, 2.
 - 2) Alle: KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 216, 217.
 - 3) Abgedruckt in British Practises Commission Report 140.
 - 4) Abgedruckt bei KIRSCH, S. 138 (140).
 - 5) Abgedruckt bei KIRSCH, S. 142 (148).
 - 6) Abgedruckt bei KIRSCH, S. 159 (169).
 - 7) Abgedruckt bei HEXNER, S. 409 (423).
 - 8) HEXNER, S. 443 (453-454).

Bei diesen genannten Beispielen handelt es sich ausschließlich um Schiedsgerichtsvereinbarungen in kartellorganisationsrechtlichen Verträgen. Schiedsvereinbarungen waren früher regelmäßig in Kartellverträgen dieser Art enthalten. Der Grund hierfür waren jedoch keineswegs "nur" die bereits genannten Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Sorge eines jeden klassischen Kartells gilt seinem Bestandschutz. Es muß, um ein wirkungsvolles Funktionieren des Kartells zu gewährleisten, ein vom Kartellvertrag abweichendes Verhalten verhindern. Das Kartell war daher darauf bedacht, einem Ausbrechen seiner Mitglieder aus der Kartellordnung wirkungsvoll zu begegnen. Seine Differenzen in praktikabler Weise unter optimaler Wahrung der Kartellinteressen endgültig beizulegen, ist Ziel jedes nationalen wie internationalen Kartells gewesen. Ein Weg hierzu haben Organisatoren nationaler wie internationaler Kartelle in der Schiedsgerichtsbarkeit gefunden¹⁾.

Der Aufgabenbereich des Kartellschiedsgerichts war entsprechend dieser Intention unter Umständen weit gefaßt und wird von Kronstein in folgenden Funktionen aufgeteilt²⁾: das Kartellschiedsgericht hatte

1. über Tragweite und Bedeutung des Grundvertrages des Kartells zu entscheiden, "die Verfassung des Kartells fortzuentwickeln";
2. die Befugnis, einem Organ der Geschäftsführung des Kartells im Einzelfall Anweisung zu erteilen; Richtlinien der Kartellpolitik oder Geschäftsführung verbindlich aufzustellen;
3. über Rechtmäßigkeit von Vertragsstrafen etc. zu befinden bis zum Ausschluß aus dem Kartell, also die Kontrolle des kartellmäßigen Verhaltens.

1) KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 212, 213.

2) KRONSTEIN, Internationale Kartelle, S. 221, 222.

4. Es war Verwaltungsstelle für die gewerblichen Schutzrechte innerhalb des Kartells.
5. Es oblag ihm schließlich die Entscheidung echter Streitigkeiten.

Die Grenzen zwischen den genannten Zuständigkeitsbereichen sind nicht exakt, sondern können ineinander übergehen¹⁾. Welch ein Unterschied offenbart sich hier zwischen dieser Art der Schiedsgerichtsbarkeit und der Handelsschiedsgerichtsbarkeit, wie sie heute zur Selbstverständlichkeit im internationalen und nationalen Wirtschaftsverkehr geworden ist ?

Im Vordergrund der Tätigkeit der Schiedsgerichte stand nicht die Streitentscheidung als gerichtliche Tätigkeit anstelle der staatlichen Gerichte. Das Schiedsgericht wurde vielmehr selbst zum Organ des Kartells und nahm Aufgaben der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle wahr²⁾. Der Organisationszwang gegen Mitglieder des Kartells äußerte sich in der Regel in der Einleitung von Schiedsgerichtsverfahren³⁾.

Als anschauliches konkretes Beispiel soll hier aus dem hochinteressanten und humorvoll formulierten Vortrag von Meinhardt über die rechtliche Gestaltung des internationalen Glühlampenvertrages zitiert werden⁴⁾: "Ein richtiger rechtlicher Aufbau eines internationalen Kartells erfordert die rechtliche Bindung der Mitglieder in Bezug auf die übernommenen Verpflichtungen, prozessuale Erzwingung der Verbindlichkeiten und gleichzeitig Vereinbarkeit mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften der in Betracht kommenden Länder. Der Vertrag schafft das

1) Derselbe aaO, S. 223.

2) ALTENMÜLLER, S. 4.

3) CALLMANN, S. 192.

4) MEINHARDT, Die rechtliche Gestaltung internationaler Kartelle insbesondere der Glühlampenvertrag, RabelsZ Bd. 2, S. 460 ff.

wichtige Recht des Austauschs aller Erfindungen, Patente und was manchmal noch wichtiger ist von Erfahrungen in Bezug auf die Fabrikation; er nimmt für sich das Recht der Typisierung und Standarisierung der gesamten Lampenproduktion in Anspruch und zwingt die Mitglieder, sich mit einem bestimmten, für alle mal festgelegten Anteil am Gesamtweltgeschäft der Mitglieder zu begnügen. Der Vertrag gibt das Recht zur Kontrolle aller Geschäftsvorgänge und legt Mitgliedern über Eigenschaften des Produkts und die Meldung von Geschäftsvorgängen von der Fabrikation bis zum Kleinhändler und Konsumenten weitgehende Verpflichtungen auf. Jedes Mitglied öffnet dem anderen seine Fabriken und zeigt ihm seine Arbeitsmethoden. Sie werden verstehen, wenn die leitenden Männer dieser Fabriken die größtmögliche Rechtssicherheit anstreben mußten, um zu verhindern, daß irgendein Gentleman oder dessen Nachfolger, nachdem er sich hinreichend informiert hat, abspringt und dankeschön sagt. Es liegt natürlich bei jedem internationalen Vertrag nahe, ein Schiedsgericht vorzuziehen, dessen Entscheidung sich alle Parteien von vorneherein unterwerfen. Das setzt aber voraus, daß die Vereinbarung eines Schiedsgerichts von vorneherein und über künftige Streitigkeiten erlaubt ist, und daß die Vollstreckung des Schiedsspruches im Heimatland möglich ist".

Die verbandsmäßig organisierten Kartelle machten das von ihnen besetzte und abhängige Schiedsgericht zu einem "schlagkräftigen" Mittel des Organisationszwanges¹⁾. Es erstaunt nicht, daß sich die Kartellrechtsdiskussion zwischen den Kriegen zunehmend dem inneren Kartellzwang zuwandte²⁾. So wird

1) ALTENMÜLLER, S. 3.

2) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 1.

gerügt, Schiedsgerichte dürften nicht in den Dienst einer einseitigen Kartellpolitik gestellt und ausschließlich mit Personen besetzt werden, welche die Rücksicht auf die Erhaltung des Organisationszwanges höher stellten als das Recht und die berechtigten Interessen des einzelnen Mitgliedes¹⁾. Es sei gefährlich, wenn der Obmann und die Schiedsrichter für einen bestimmten Zeitraum von einem Organ des Kartells bestellt würden oder die Beisitzer aus einer vom Kartell aufgestellten Liste zu entnehmen oder sämtliche Schiedsrichter Verbandsmitglieder seien²⁾. Allgemein wurde kritisiert, daß die Schiedsgerichte nach ihrer Zusammensetzung geeignet erschienen, den Interessen des Kartells entgegenzukommen. Es würden im wesentlichen überall Entscheidungen in eigener Sache getroffen, wenn das Schiedsgericht aus Verbandsmitgliedern zusammengesetzt ist³⁾. Ebenso negativ wurde die schwierige aber notwendige Abgrenzung von Kartellorgan und Schiedsgericht gesehen sowie der Charakter einer internen Schiedsgerichtsbarkeit durch Schiedsgerichte⁴⁾.

(2) Begründung für § 91 GWB

Mit der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen war die Regelung dieser Form

- 1) Gutachten des Kartellgesetzes in Kartellrecht 1925, S. 595 (596, 597).
- 2) Der Glühlampenvertrag sah ein ständiges Schiedsgericht vor, dessen Mitglieder vom Kartell genannt wurden: ein schweizer Professor als Vorsitzender ein schweizer Bundesrichter und ein Kartellspezialist als Beisitzer; MEINHARDT S. 466.
- 3) LEHNICH, S. 124.
- 4) LEHNICH, aaO; v. BRUNN, S. 101 mit Beispielen; KESTNER, S. 144; GÖSSMANN, S. 21.

der Schiedsgerichtsbarkeit eine Frage der Konsequenz des grundsätzlichen Kartellverbots in § 1 GWB und der damit deutlich werdenden Wertung des Gesetzgebers. Die erhobenen Bedenken richteten sich dabei weniger gegen die Marktfolgewirkungen als gegen die Freiheitsbeschränkungen der Beteiligten, die mit dem inneren Kartellszwang verbunden waren¹⁾.

Der Zweck des § 91 GWB wird in der Literatur zum Teil unterschiedlich beurteilt. Zum Teil wird angenommen, daß die Verdrängung der staatlichen Gerichtsbarkeit mit dem Konzept eines Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkung unvereinbar sei²⁾. Der § 91 GWB richte sich daher gegen die Zurückdrängung der nach §§ 13, 87 ff. GWB zuständigen ordentlichen Gerichte. Durch das Verhindern der ausschließlichen Kartellschiedsgerichtsbarkeit werde den staatlichen Gerichten durch § 91 GWB ein gewisser Vorrang eingeräumt. Damit sichere § 91 GWB auch die Anwendung des Kartellrechts und insbesondere auch die Mitwirkung des Bundeskartellamtes nach § 90 GWB³⁾.

Im übrigen wird aber § 91 GWB als Eindämmung des inneren Kartellzwanges verstanden⁴⁾. § 91 GWB solle dem inneren Organisationszwang die Schiedsgerichte erschweren und den Parteien weitere Möglichkeiten einräumen. Durch die Wahlfreiheit würden gerade die kritischen Fälle der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen⁵⁾. Zum Teil wird angenommen, daß

-
- 1) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 1, 2.
 - 2) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 3.
 - 3) LANGEN/NIEDERLEITHINGER, § 91 Rdnr. 12; ALTENMÜLLER, S. 116, der ebenfalls in § 91 GWB eine Vorrangstellung der ordentlichen Gerichte ausgedrückt sieht, da der Wille einer der beiden Streitparteien genüge, um die Sache an ein ordentliches Gericht zu bringen.
 - 4) So auch SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 1, 2.
 - 5) v. RENTHE gen. Fink in: GK § 91 Rdnr. 1; SCHREVEN in: Müller/Gießler/Scholz § 91 Rdnr. 5.

dieser Schutz des einzelnen vor der formularmäßig begründeten schrankenlosen Zuständigkeit der Schiedsgerichte im Vordergrund bei § 91 GWB stehe¹⁾.

Für die letzte Auffassung spricht die Zulassung der Schiedsgerichtsbarkeit in Wettbewerbsstreitigkeiten an sich und die Beschränkung der Wahlklausel auf künftige Streitigkeiten²⁾. Aus der Regierungsbegründung von 1952 sind drei Begründungen für die Regelung des § 91 zu entnehmen, von denen die ersten beiden eher am Rande genannt werden, während die dritte etwas ausführlicher behandelt wird³⁾:

1. Das Gesetz ohne die Regelung des § 91 GWB würde das System des Wettbewerbsschutzes wesentlich abschwächen.
2. Durch die stark verbreitete Schiedsgerichtsbarkeit in Kartellsachen sei es zu einer Rechtsfremdheit der ordentlichen Gerichte in diesen Fragen gekommen.
3. Eine Unterwerfung der Beteiligten für alle zukünftigen Streitigkeiten müsse verhindert werden.

Zum letzten Punkt führt die Regierungsbegründung dann aus, es sei bedenklich, wenn in Zukunft der gleiche Zustand bestehe wie bisher. Die Verbandschiedsgerichtsbarkeit wende das Recht in einseitiger Betonung der Verbands- und Kartellsinteressen an und habe eine bedenkliche Verbandsautonomie entwickelt. Das GWB dürfe es daher nicht zulassen, daß Streitig-

1) v. HÜLSEN, Schiedsverfahren in Kartellsachen, S. 134 Fn. 8; wohl auch SCHREVEN in Müller/Gießler/Scholz § 91 Rdnr. 1; v. RENTHE gen. Fink aaO.

2) so v. HÜLSEN aaO; während ALTENMÜLLER in § 91 GWB nur einen gewissen Individualschutz sieht, S. 115.

3) BT-Drucks. II/1158 S. 54, zu § 66 RegE.

keiten in Kartellangelegenheiten unbeschränkt der Schiedsgerichtsbarkeit der Kartelle überlassen würden. Es müsse ausgeschlossen werden, daß sich die Beteiligten für alle zukünftigen Rechtsstreitigkeiten einer Verbandsschiedsgerichtsbarkeit unterwürfen¹⁾.

cc) Rechtsunsicherheiten bei internationalen Austauschverträgen

"Normale" kommerzielle Verträge, die keine Kartellverträge im organisationsrechtlichen Sinn sind, werden wettbewerbsrechtlich zunehmend relevant²⁾. Gerade Lizenzverträge sind geeignete Mittel zur Organisation nachgeordneter Gütermärkte. Umfassende Lizenzvertragssysteme und Patentpools werden zum Teil als Kartellersatz für den Lizenzgeber bewertet³⁾. Durch Preisbindungen, mengenmäßige oder territoriale Beschränkungen des Lizenznehmers, Export- oder Reimportverbote, Bezugs- und Vertriebsbindungen als Nebenbestimmungen in Lizenzverträgen rücken diese in die Aufmerksamkeit der Wettbewerbshüter. Es besteht daher Sorge, daß durch das Eingreifen der Gerichte bei diesen Verträgen unter Berufung auf § 91 und § 1 GWB die Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit verloren gehen⁴⁾.

1) Ausnahme müßten die Außenhandelskartelle sein; hieran seien vielfach ausländische Unternehmen beteiligt. Im internationalen Rechts- und Handelsverkehr habe sich die Schiedsgerichtsbarkeit so eingebürgert, daß bei einem Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit diese Verträge gefährdet seien und sich dies für die deutsche Wirtschaft diskriminierend auswirke: RegB aaO.

2) STUMPF, S. 296 Fn. 25 m.w.N.

3) EMMERICH in Immenga/Mestmäcker § 20 Rdnr. 17, 18.

4) STUMPF, S. 296 Fn. 26.

Die Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit für diese Verträge wird besonders deutlich und meßbar an ihrem Anteil bei dem Verfahren vor dem wichtigsten institutionellen Schiedsgerichten. Die bei der IHK in Paris entschiedenen Streitigkeiten beruhten auf Schiedsvereinbarungen, die aus folgenden Vertragsarten stammen:

1. agency contracts: 25,8 %
2. industrial property and know how including above licences: 13,8 %
3. supply of industrial equipment and public works including engineering: 29 %
4. formation of partnership and companies including sale of shares: 8,1 %¹⁾.

Die "London Court of Arbitration" hatte von 1973 bis 1975 über Fälle aus folgenden Gebieten zu entscheiden: licencing agreements and agency contracts figurnext in order of importance behind sale contracts²⁾.

Im selben Zeitraum lagen der "American Arbitration Association" insgesamt 104 Fälle aus nachstehenden Bereichen vor:

1. sales contracts: 43
2. agency contracts: 14
3. industrial property and know how including licences: 21
4. industrial equipment: 1

1) THOMSON in Cohn/Domke/Eisemann S. 20.

2) WALL aaO, S. 228.

5. formation and dissolution of companies: 7¹⁾.

Die Beteiligten des internationalen Handels haben ausgerechnet bei diesen Vertragsarten ein besonders großes Bedürfnis nach schiedsrichterlicher Streitbeilegung. Hier sei nur das Stichwort Geheimnischutz genannt²⁾. Bei diesen "normalen" kommerziellen Verträgen besteht nun die Unsicherheit, daß sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 91 GWB erst spät stellen kann. § 91 GWB wird bei Abschluß der Schiedsvereinbarung möglicherweise gar nicht beachtet, da man den Hauptvertrag nicht zu den in § 91 GWB genannten Verträge zählte. Unter Umständen ist das Schiedsverfahren schon eingeleitet, bevor man feststellt, daß es sich um eine wettbewerbsrelevante Streitigkeit im Sinne des § 91 GWB handelt³⁾. Dies würde zu unzumutbaren Verfahrensunsicherheiten, Verzögerungen und Kostenrisiken führen. Die Schiedsvereinbarung wäre unter Umständen nachträglich gemäß § 91 GWB unwirksam, weil sie eine Wahlmöglichkeit nicht enthält.

Muß sich dann das Schiedsgericht nachträglich für unzuständig erklären und das gesamte Verfahren vor einem staatlichen Gericht neu durchgeführt werden? Jedenfalls bestehen erhebliche Risiken für die Aufhebung eines Schiedsspruchs und für seine Vollstreckbarkeit. Die Veränderung im Anwendungsbereich des § 1 GWB und die damit zunehmende kartellrechtliche Relevanz internationaler Handelsverträge zeigen, daß diese Befürchtungen nicht aus der Luft gegriffen sind. Hinzukommt, daß Verträge nach den §§ 15, 20 GWB, die "nur" zusätzlich unter § 1 GWB fal-

1) HOLZMANN aaO S. 252.

2) Know how und Lizenzverträge enthalten daher regelmäßig Schiedsvereinbarungen: KOHLER, S. 23; KROITZSCH, GRUR 1969, S. 387; STUMPF, S. 292.

3) LIEBERKNECHT, S. 317.

len, auch von § 91 GWB betroffen werden¹⁾.

Aus der gezeigten Entwicklung resultieren Schwierigkeiten für die Vertragsparteien, die einerseits für sie unzumutbar sind, andererseits auch mit Sinn und Zweck des § 91 GWB nicht zu vereinbaren sind. Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen müssen gewiß sein, d.h., sie dürfen nur von Umständen abhängen, die zu wissen oder festzustellen von den Betroffenen erwartet werden kann²⁾. § 91 GWB ist deswegen auf Streitigkeiten aus Kartellverträgen im ursprünglichen Sinne, also auf organisationsrechtlich geprägte Kartellverträge zu beschränken³⁾. Allein dies entspricht seiner Zielsetzung. Dies wahrt den durch § 91 GWB bezweckten Individualschutz von Kartellmitgliedern und wird den Bedürfnissen des internationalen Handels nach einem modernen intakten Schiedsgerichtswesen gerecht.

Der Verweis auf die Regierungsbegründung, wonach § 91 GWB nicht nur dem Individualschutz diene, sondern auch einen Vorrang der staatlichen Gerichte einräume, vermag hieran nichts zu ändern⁴⁾. Auch wenn durch eine weite Verbreitung der Schiedsgerichtsbarkeit ganze Gruppen von Rechtsstreitigkeiten der staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen werden, sodaß

1) WuW/E BGH 810, 813; zur Konkurrenz der §§ 15, 18, 20 GWB mit § 1 GWB vgl. Karsten SCHMIDT, Kartellverbot, S. 99 ff., S. 105 ff., 125 ff.

2) So: IMMENGA/MESTMÄCKER, Einleitung Rdnr. 3.

3) So wohl auch SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 15.

4) Vgl. oben B I 3. c) bb).

eine Rechtsfortbildung auf diesem Gebiet mangels Gelegenheit beeinträchtigt würde, ist dies nach richtiger Ansicht unbeachtlich¹⁾. Die Parteien dürfen nicht vor Gericht gezwungen werden, um der Rechtsprechung Material zu liefern²⁾. § 91 ist nicht so auszulegen, daß er der staatlichen Gerichtsbarkeit Vorrang einräumt. Vielmehr läßt er gerade die freie Wahl zwischen Schiedsgerichtsverfahren und staatlichem Prozeß. Dies entspricht auch völlig dem geltenden Verständnis der Stellung von Zivilprozeß und Schiedsgerichtsbarkeit in unserer Rechtsordnung und ihrem Verhältnis zueinander. Es handelt sich bei der Schiedsgerichtsbarkeit um eine gleichwertige, letztlich in Art. 2 Abs. 1 GG wurzelnde und damit von Verfassung wegen anerkannte Rechtsschutzmöglichkeit. Diese verfassungsrechtliche Gewährleistung der Schiedsgerichtsbarkeit als Ausprägung der Vertragsfreiheit ändert sich auch nicht, wenn die Inanspruchnahme von privaten Schiedsgerichten weiter zunimmt und die staatliche Gerichtsbarkeit dadurch auf bestimmten Gebieten austrocknet. "Der Staat besitzt kein ausschließliches Recht auf Prozesse"³⁾.

1) So BLOMEYER § 124 II 3, S. 707.

2) Derselbe aaO.

3) STOBER NJW 1979, S. 2005; diesbezüglich interessant schon die frühere Kritik an § 91 bzw. § 66 RegE: DÖRINKEL bedauert, daß sich § 66 RegE nicht auf die Sicherung der Unparteilichkeit beschränkt. Der dirigistische Eingriff des Gesetzgebers sei in seiner Begründung nicht gerechtfertigt. Er mißachte Bedürfnisse der Praxis und ermögliche keine sachgerechte Entscheidung: DÖRINKEL S. 652; ZWEIGERT wertet die Regelung als undemokratisch und rückschrittlich; einzuräumende Mängel der Kartellschiedsgerichtsbarkeit hätten durch Vorschriften über die Zusammensetzung des Schiedsgerichts beseitigt werden können. Die Schiedsgerichtsbarkeit solle ein organischer Bestandteil der gesamten Gerichtsbarkeit werden: ZWEIGERT DVBl. 1953, S. 225 (232); derselbe DVBl. 1958, S. 625 (632).

Für eine restriktive Auslegung des § 91 Abs. 1 GWB spricht schließlich sogar das Argument der Regierungsbegründung für die Ausnahmeregelung in § 91 GWB bei Außenhandelskartellen. An diesen Kartellen seien vielfach ausländische Unternehmen beteiligt. Im internationalen Wirtschaftsverkehr habe sich die Schiedsgerichtsbarkeit so eingebürgert, daß bei einem Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit diese Verträge gefährdet seien und sich dies für die deutsche Wirtschaft diskriminierend auswirke¹⁾. Genau dies trifft heute verstärkt auch auf andere internationale Handelsverträge zu, die zwar nicht als Außenhandelskartelle zu beurteilen sind, aber dennoch wettbewerbsrechtlich relevant sind.

Aus all den vorangegangenen Überlegungen ergibt sich die Folgerung, daß der § 91 Abs. 1 GWB nur auf solche Schiedsvereinbarungen anwendbar ist, die sich auf zukünftige Streitigkeiten aus Kartellverträgen beziehen, die Kartelle im gesellschaftsrechtlichen oder gesellschaftsähnlichen Sinn regeln.

4. Vereinbarkeit des § 91 Abs. 1 S. 1 GWB mit dem Völkerrecht

a) Differenzierung zwischen Schiedsvereinbarungen über künftige und über bereits entstandene Streitigkeiten

Gegen die Regelung des § 91 Abs. 1 GWB könnte ein weiteres Bedenken erheblich sein: Die unterschiedliche Behandlung von Schiedsvereinbarungen über künftige und über bereits entstandene Streitigkeiten ist möglicherweise nicht mit den internationalen Schiedsabkommen und damit nicht mit dem Völkerrecht vereinbar.

1) RegB 1952 BT-Drucks. II/1158, S. 54.

In den verschiedenen Abkommen wird bei den Regelungen inhaltlich nicht zwischen Schiedsvereinbarungen über künftige und solchen über bereits entstandene Streitigkeiten unterschieden. Stets gilt die getroffene Regelung für beide Arten¹⁾. Der Vereinheitlichungseffekt, der durch diese Gleichstellung eintritt, wird als ein wesentlicher Zweck der internationalen Übereinkommen und als Fortschritt gewertet²⁾. Gleichzeitig ist hierin ein Diskriminierungsverbot zu sehen, das eine Ungleichbehandlung von Schiedsklauseln und Schiedsverträgen verbietet³⁾. Das Diskriminierungsverbot ist damit eine in den internationalen Abkommen enthaltene einheitliche Sachnorm. Die Abkommen sollen verhindern, daß - wie es früher möglich war - Schiedsklauseln und Schiedsverträge bezüglich desselben Rechtsverhältnisses unterschiedlich behandelt werden⁴⁾.

Trotz des offensichtlichen Widerspruches, in dem § 91 Abs. 1 GWB somit zu diesem Diskriminierungs-

-
- 1) Art. 1 S. 1 GP: "... jeder Staat erkennt Schiedsabreden und Schiedsklauseln an". Art. 4 GP: "... und der Vertrag eine Schiedsabrede oder Schiedsklausel enthält, ..."; "..., daß aus irgendeinem Grund die Schiedsabrede, die Schiedsklausel oder das Schiedsverfahren hinfällig ist". Art. 1 S. 1 GA: "..., der aufgrund einer Schiedsabrede oder einer Schiedsklausel ergangen ist..."; dito. Art. 1 ff., 2 GA; Art. 2 Abs. 1 UNÜ: "... alle Streitigkeiten, die bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen..."; dito. Art. 2 Abs. 2, 5 Abs. 1 UNÜ; Art. 1 Abs. 1 a EU: "... anzuwenden auf Schiedsvereinbarungen, die zum Zwecke der Regelung von bereits entstandenen oder künftig entstehenden Streitigkeiten ...".
 - 2) Vgl. SANDROCK, Handbuch Bd. 2, S. 905 Rdnr. 49, S. 908 Rdnr. 53, 55.
 - 3) SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 344; SCHLOSSER, S. 312, Rdnr. 317; LIEBERKNECHT, S. 318; MEZGER, S. 246; indirekt auch SANDROCK, aaO Rdnr. 58 Fn. 80.
 - 4) SCHLOSSER, S. 312 Rdnr. 317.

verbot steht, wird vertreten, daß hierin kein Verstoß gegen das Völkerrecht zu sehen sei. Dies wird damit begründet, daß § 91 Abs. 1 GWB die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes regelt. Zu entscheiden, was schiedsfähig sei und was nicht, bleibe den nationalen Gesetzgebern vorbehalten. Wenn diese die Schiedsfähigkeit sogar völlig versagen könnten, dürften sie diese auch nur einschränken. Durch die internationalen Übereinkommen sollte den Mitgliedsstaaten nicht die Möglichkeit genommen werden, bestimmte Streitigkeiten nur eingeschränkter Schiedsgerichtsbarkeit zu überlassen¹⁾. In § 91 Abs. 1 GWB wird eine generelle systematische Einschränkung der materiellen Dispositionsbefugnis also eine Regelung der Schiedsfähigkeit gesehen. Die Regelung der Schiedsfähigkeit an sich durch die nationalen Gesetzgeber werde von den internationalen Übereinkommen nicht verboten²⁾.

b) § 91 I Satz 1 GWB ist keine generelle Einschränkung der Dispositionsbefugnis

Die obige Auffassung geht von falschen Voraussetzungen aus und überzeugt nicht. Zwar ist es richtig, daß die internationalen Übereinkommen, insbesondere das UN-Übereinkommen und das europäische Übereinkommen einer Beschränkung der Schiedsfähigkeit bestimmter Streitigkeiten nicht entgegenstehen. Dann muß die Schiedsfähigkeit dieser Ansprüche aber insge-

1) KORNMEYER/SANDROCK in Sandrock Handbuch Bd. 2, F Rdnr. 58 Fn. 80.

2) So SCHLOSSER, S. 312 Rdnr. 317; REHBINDER in GK § 98 Rdnr. 303; auch v. RENTHGE gen. Fink in GK Anhang zu § 96 Rdnr. 6 a.E.; im Ergebnis wohl auch SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 344, der die Wahlmöglichkeit in § 91 Abs. 1 GWB zum deutschen ordre public zählt und damit den Vorrang einräumt. Schwab geht auf die Ungleichbehandlung von Schiedsvereinbarungen über künftige Streitigkeiten und solchen über bereits entstandene aber nicht ein, obschon er vorher selbst feststellt, daß das europäische Übereinkommen eine Gleichstellung beider Möglichkeiten gebietet.

samt ausgeschlossen sein. Die Differenzierung danach, ob es sich um künftige oder bereits entstandene Streitigkeiten handelt, ist genau das, was die Signaturstaaten zu unterlassen sich verpflichtet haben. Demnach wäre ein generelles Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit von Kartellsachen von den internationalen Abkommen durchaus gedeckt¹⁾.

Wie bereits untersucht und festgestellt wurde, beinhaltet § 91 Abs. 1 GWB gerade keine Beschränkung der Schiedsfähigkeit, keine Schiedsfähigkeitsregelung überhaupt²⁾. Schiedsvereinbarungen über künftige wettbewerbsrelevante Streitigkeiten können wirksam getroffen werden. Aus der Befugnis für die nationalen Gesetzgeber, die Schiedsfähigkeit von Streitgegenständen zu bestimmen, läßt sich zugunsten des § 91 Abs. 1 GWB nichts folgern³⁾. § 91 Abs. 1 GWB stellt lediglich für Schiedsvereinbarungen über künftige wettbewerbsrelevante Streitigkeiten ein weiteres Wirksamkeitserfordernis auf, das er für Schiedsvereinbarungen über bereits entstandene Streitigkeiten nicht verlangt. Wird dieses Wirksamkeitserfordernis in Form der Wahlmöglichkeit befolgt, bleibt die Schiedsvereinbarung über künftige Kartellstreitigkeiten ebenso gültig wie die Schiedsvereinbarung über eine bereits entstandene Streitigkeit ohne die Wahlklausel⁴⁾. Diese unterschiedliche Behandlung in den Anforderungen an die Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen wollen die internationalen Abkommen gerade bekämpfen. § 91 GWB ist daher mit diesen Abkom-

1) Vgl. Art. 6 Abs. 2 letzter Satz EÜ; LIEBER-KNECHT, S. 319; MEZGER, S. 246.

2) Siehe oben B I 2. b) aa); ALTENMÜLLER, S. 30; SCHWAB, S. 26; SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker, § 91 Rdnr. 11.

3) MEZGER, S. 246.

4) Die materielle Verfügungsbefugnis über den Rechtsstoff bleibt in § 91 GWB unberührt.

men und damit mit dem Völkerrecht nicht vereinbar¹⁾.

Daran ändert sich auch nichts, wenn man § 91 GWB zum deutschen ordre public zählt, denn für ausländische Gerichte werden völkerrechtliche Verträge stets vorrangig sein²⁾.

Für die hier vertretene Auffassung spricht auch die Regel, die im schweizer Bundesgesetz über Kartelle getroffen wurde. Dort enthält § 15 eine § 91 Abs. 1 GWB entsprechende Bestimmung. Anders aber als § 91 GWB klammert § 15 Abs. 3 des schweizer Bundesgesetzes internationale Handelsverträge von dieser Regelung aus.

Auf die internationalen Schiedsvereinbarungen dürfen die Beschränkungen des § 91 Abs. 1 GWB nur sehr bedingt angewandt werden³⁾. Es ist daher möglich, daß ein ausländisches Gericht den § 91 Abs. 1 GWB mit Blick auf die internationalen Vereinbarungen nicht beachtet und die deutsche Partei mit ihrer Berufung auf § 91 GWB vor einem staatlichen Gericht oder auch vor einem internationalen Schiedsgericht nicht durchdringt⁴⁾. Hierdurch mag die Gefahr vergrößert werden, daß ein mit deutschem Kartellrecht nicht zu vereinbarendes aber im Ausland vollstreckbares Urteil ergeht. Am unbefriedigsten sind aber die damit verbundenen Unsicherheiten, die mangelnde Vorhersehbarkeit des Rechtsweges, der Verfahrensdauer, Kosten und sonstigen Risiken. Festzuhalten bleibt,

1) Dito. MEZGER, S. 246; v. HÜLSEN, Schiedsverfahren in Kartellsachen, S. 135, 136; LIEBERKNECHT, S. 318: "..., daß § 91 GWB offensichtlich mit geltendem Völkerrecht in Widerspruch steht".

2) So LIEBERKNECHT, S. 319 oben.

3) V. HÜLSEN aaO S. 135, 136.

4) LIEBERKNECHT, S. 319.

daß die Regelung des § 91 Abs. 1 GWB den Anforderungen der internationalen Übereinkommen nicht gerecht wird.

5. § 91 Abs. 1 S. 2 GWB:

"Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der in § 6 bezeichneten Art, die nicht jedem Beteiligten das Recht geben, im Einzelfall statt der Entscheidung durch das Schiedsgericht eine Entscheidung durch das ordentliche Gericht zu verlangen, sind unwirksam, soweit nicht die Kartellbehörde auf Antrag eine Erlaubnis erteilt".

Mit § 91 Abs. 1 S. 2 GWB besteht eine weitere den S. 1 ergänzende Regelung der Kartellschiedsgerichtsbarkeit, die durch ihren Satzbau nicht gerade klar und verständlich ist.

a) Anwendbarkeit und Regelungsinhalt

Die von § 91 Abs. 1 S. 1 GWB genannte Wahlklausel ist zunächst notwendig für die in S. 1 aufgezählten Vertragsarten. Weiterhin ist sie grundsätzlich notwendig für Schiedsvereinbarungen in Exportkartellverträgen, es sei denn das Bundeskartellamt erlaubt hier eine Schiedsvereinbarung ohne Wahlmöglichkeit. Schiedsabreden in Exportkartellverträgen stehen also nur insoweit unter Erlaubnisvorbehalt, als sie keine Wahlklausel enthalten¹⁾. Die Begründung für die unterschiedliche Regelung in Abs. 1 S.

1) Anders aber die alte Fassung des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB: Schiedsverträge über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Verträgen oder Beschlüssen der in § 6 GWB bezeichneten Art sind unwirksam, soweit nicht die Kartellbehörde auf Antrag eine Erlaubnis erteilt.

1 und S. 2 wurde bereits in anderem Zusammenhang erwähnt¹⁾.

Für die Anwendbarkeit des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten. Wie für alle GWB-Normen richtet sich auch die Anwendbarkeit des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB nach § 98 Abs. 2 GWB. Wenn das GWB also gemäß § 98 Abs. 2 GWB anwendbar ist, erfordert § 91 Abs. 1 S. 2 GWB ein Exportkartell im Sinne des § 6 GWB. § 91 Abs. 1 S. 2 GWB verweist unterschiedslos auf § 6 Abs. 1 und auf § 6 Abs. 2 GWB. Das Erfordernis einer Wahlklausel in der entsprechenden Schiedsvereinbarung bzw. das Erfordernis einer besonderen Erlaubnis bei dem Verzicht auf eine solche Wahlklausel, gilt also sowohl für Exportkartelle mit Inlandswirkungen als auch für solche mit reiner Auslandswirkung.

Dies ergibt sich jedoch nicht schon aus der pauschalen Verweisung des § 91 Abs. 1 S. 2 auf den gesamten § 6 GWB, sondern erst aus § 98 Abs. 2 S. 2 GWB. Erst § 98 Abs. 2 S. 2 GWB bestimmt, daß das GWB, also § 91 Abs. 1 S. 2, auch soweit anwendbar ist, als ein Unternehmen mit Sitz im Inland beteiligt ist. Ohne den § 98 Abs. 2 S. 2 GWB wäre § 91 Abs. 1 S. 2 GWB nur auf Exportkartelle mit Inlandswirkung im Sinne des § 6 Abs. 2 GWB anwendbar²⁾. Es besteht also eine selbständige Anknüpfung des Anwendungsreiches des § 6 Abs. 1 GWB in § 98 Abs. 2 S. 2 GWB,

1) Siehe oben B I 3. c) bb); vielfach seien an Exportkartellverträgen ausländische Unternehmen beteiligt. Im internationalen Rechts- und Handelsverkehr sei die Schiedsgerichtsbarkeit so eingebürgert, daß bei einem Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit diese Verträge gefährdet würden und sich dies für die deutsche Wirtschaft diskriminierend auswirke: RegB 1952 BT-Drucks. II/1158 S. 54 zu § 66 RegE. Diese Begründung bezieht sich allerdings noch auf die alte Fassung des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB.

2) Das gilt auch für die §§ 12 ff. GWB.

die sich unter anderem bei § 91 Abs. 1 S. 2 GWB auswirkt¹⁾.

Aus der Anwendbarkeit des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB auf Exportkartelle mit reiner Auslandswirkung ergibt sich, daß zwar diese Exportkartelle selbst gemäß § 6 Abs. 1 GWB erlaubnisfrei sind, der dazu gehörige Schiedsvertrag aber unter Umständen eine Erlaubnis nach § 91 Abs. 1 S. 2 GWB bedarf²⁾. Dies erscheint auf den ersten Blick kurios und widersinnig. Dementsprechend wurde dieses Ergebnis auch kritisiert und dahingehend zu korrigieren versucht, daß die Regelung des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB nur für Exportkartelle mit Inlandswirkung gelten solle. Zur Verhinderung von Gesetzesumgehungen, d.h. zur Aufdeckung von nicht reinen Exportkartellen genügten die §§ 9 Abs. 2 S. 1, 12 Abs. 1 GWB. Schiedsverträge bei Exportkartellen ohne Inlandswirkung seien ansonsten unbedenklich³⁾. Es wird als wenig sinnvoll angesehen, daß Exportkartelle ohne Inlandswirkung gar keiner Erlaubnis bedürfen, dazugehörige Schiedsverträge aber

1) Laut Begründung zum Entwurf eines vierten Gesetzes zur Änderung des GWB war eine Klärung durch die Einführung des § 98 Abs. 2 S. 2 GWB erforderlich um die in den §§ 6 und 11, 12 vorgesehenen Kontrollen von Ausfuhrkartellen sicherzustellen; denn seit BGH WuW/E 1276 galt z.B. die in § 9 Abs. 2 S. 1 vorgesehene Anmeldepflicht wegen § 98 Abs. 2 S. 1 nur für Kartelle mit Inlandswirkung: RegB 1978 BT-Drucks. 8/2136, S. 30, 31; vgl. hierzu WuW/E BGH 1276.

2) Soweit er keine Wahlklausel enthält; zum Wirksamwerden von Kartellen nach § 6 Abs. 1 vgl. TB 1979/80 S. 228, BT-Drucks. 9/534 S. 1.

3) SCHWAB, S. 149.

von einer solchen Erlaubnis abhängig sein können¹⁾.

Eine hier geforderte Beschränkung des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB auf Exportkartelle mit Inlandswirkung verstößt jedoch sowohl gegen dessen Wortlaut als auch gegen seine Funktion²⁾. Hält man sich den Sinn und Zweck des § 91 Abs. 1 GWB vor Augen, dann überrascht seine Anwendung auch auf reine Exportkartelle mit ausschließlicher Auslandswirkung nicht. Denn § 91 Abs. 1 bezweckt nicht, jedenfalls nicht vorrangig, den Wettbewerbsschutz, indem er Schiedsverfahren erschwert, sondern er soll den inneren Organisationszwang einer reinen Verbandsschiedsgerichtsbarkeit verhindern³⁾. Auf diesen Schutzzweck kommt es an. Die Gefahren und Mißstände dieses inneren Organisationszwanges sind unabhängig von der Zielrichtung des Kartells. Sie sind also auch dann gegeben, wenn sich die Wettbewerbsregelung auf Märkten außerhalb des Geltungsbereiches des GWB beschränkt. Soweit methodisch für eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB überhaupt Raum bleibt, so ist sie wegen des Wortlautes und des Schutzzwecks der Norm abzulehnen. Auch Schiedsvereinbarungen in Exportkartellverträgen mit reiner Auslandswirkung bedürfen einer Wahlklausel, andernfalls einer

1) TIFFERT in GK 2. Aufl., § 91 Rdnr. 2; ebenso RASCH/WESTRICK § 91 Rdnr. 4; LANGEN § 91 Rdnr. 19; TETZNER, S. 247; diese Autoren sprechen wohl im Hinblick auf die alte Fassung des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB von einem Redaktionsversehen. Tiffert und Schwarz zustimmend: BÄR, S. 261 Fn. 44 mit Hinweis auf die internationale Kartelle begünstigende Regel des § 15 Abs. 3 schweizer Kartellgesetz; MÜLLER/GRIES/GIEßLER § 91 Rdnr. 4; v. HÜLSEN, Schiedsverfahren in Kartellsachen, S. 136; doch wie gezeigt, kann es auch nach der neuen Fassung des § 91 Abs. 1 S. 1 GWB dazu kommen, daß der Schiedsvertrag einer Erlaubnis bedarf, der dazugehörige Hauptvertrag aber nicht.

2) Vgl. SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 28.

3) Siehe oben B I 3. c) bb).

Erlaubnis durch das Bundeskartellamt¹⁾.

§ 91 Abs. 1 S. 2 GWB setzt schließlich ein Exportkartell im Sinne des § 6 GWB voraus²⁾. Der Begriff soll nur im Verhältnis zu dem Begriff "internationales Kartell" gesetzt werden. Der Begriff Exportkartell wird von dem vertraglichen Inhalt des Kartells bestimmt. Der Inhalt ist möglicherweise unter anderem die Regelung der Ausfuhr von Waren und gewerblichen Leistungen. Der Begriff des internationalen Kartells wird von der Herkunft seiner Mitglieder bestimmt, nämlich Mitglieder aus zwei oder mehr Staaten. Die Begriffe können sich bezüglich Art und Inhalt der Regelung überschneiden³⁾.

b) Erlaubniserteilung durch das Bundeskartellamt

aa) Verfahren und Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung

Enthält eine Schiedsvereinbarung über Streitigkeiten aus Exportkartellverträgen keine Wahlmöglichkeit im Sinne des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB, dann benötigt sie für ihre Wirksamkeit eine Erlaubnis der Kartellbehörde. Das Verfahren für eine Erlaubniserteilung ist nicht speziell für diesen Fall im Gesetz geregelt. Sie ergibt sich daher aus den allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen.

Gegenüber Ausfuhrkartellen ist gemäß § 44 Abs. 1 Ziff. 1 a das Bundeskartellamt sachlich

1) So auch SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 28.

2) Auf die begrifflichen Voraussetzungen des § 6 GWB soll hier nicht weiter eingegangen werden, vgl. die entsprechende Kommentierung.

3) Vgl. hierzu SCHWARTZ S. 128.

ausschließlich zuständig. Es entscheidet somit auch über eine Erlaubniserteilung nach § 91 Abs. 1 S. 2 GWB. Gemäß den §§ 91 Abs. 1 S. 2, 51 Abs. 1 GWB handelt es sich um ein Antragsverfahren. Der Antrag auf Erlaubnis leitet automatisch das Verfahren ein. Er bedarf der Schriftform und des Zuganges an das Bundeskartellamt und kann jederzeit bis zur Entscheidung wieder zurückgenommen werden¹⁾. Die Antragsteller werden gemäß § 51 Abs. 2 Nr. 1 am Erlaubnisverfahren beteiligt. Das Bundeskartellamt muß alle Beteiligten beiladen, wenn sie sich dem Antrag nicht angeschlossen haben²⁾.

Unter welchen Voraussetzungen das Bundeskartellamt eine Schiedsvereinbarung ohne Wahlmöglichkeit erlaubt, ist im Gesetz ebenfalls nicht geregelt. Die Entscheidung steht im Ermessen des Amtes. Es wird dabei seine Kriterien am Sinn und Zweck des § 91 Abs. 1 GWB ausrichten. Hieraus werden unterschiedliche Folgerungen gezogen, die wiederum geprägt sind von der jeweiligen Bewertung der Kartellschiedsgerichtsbarkeit: zum Teil wird vertreten, die Geheimhaltungsinteressen der Vertragsparteien und ihre Befürchtungen mangelnder Sachkunde eines staatlichen Gerichts dürften nicht ausschlaggebend sein³⁾. Die Erlaubnis sei auf jeden Fall bei einem größeren wirtschaftlichen Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien zu versagen. Im übrigen sei aber auch grundsätzlich größte Zurückhaltung bei der Erlaubniserteilung wegen des unerwünschten Kartellzwanges geboten. Dieses sei letztlich nur bei einer Beteiligung von ausländischen Vertragspartnern wirklich gerechtfertigt⁴⁾.

1) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 51 Rdnr. 4.

2) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 31.

3) JESSEN, S. 1117 (1119); JESSEN/REIMANN/ZWEIGERT § 91 Anm. 3 c cc); ALTENMÜLLER, S. 199, 200.

4) ALTENMÜLLER, S. 200.

Andererseits wird aber auch eine großzügige Handhabung der Erlaubniserteilung gefordert: es genügten ein besonderes Interesse an der Geheimhaltung des Kartellvertrages und ebenso eine schwierige wirtschaftliche Materie. Denn es sei ein Unterschied, ob ein Schiedsgericht selbst Sachkenntnis besitze oder ein staatliches Gericht Sachverständige höre¹⁾. Es müsse auch besonders berücksichtigt werden, daß bei einer Auslandsbeteiligung eine Wahlklausel die Durchsetzung von Ansprüchen im Ausland verhindern könne²⁾. Wenn also Gründe bestünden, sich nicht der Gerichtsbarkeit eines fremden Staates zu unterwerfen, solle die Erlaubnis erteilt werden.

Das Bundeskartellamt wird bei der Erlaubniserteilung seine Kriterien am Sinn und Zweck des § 91 GWB ausrichten. Das bedeutet, es hat den Schiedsvertrag dahingehend zu prüfen, ob das vorgesehene Schiedsverfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht³⁾. Es wird also darauf zu achten haben, daß jede Partei genügenden Einfluß auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes hat und ein Obmann gegebenenfalls durch eine unabhängige Stelle bestimmt wird⁴⁾. Die Entscheidung über die Erlaubnis trifft

1) LANGEN § 91 Rdnr. 16.

2) v. RENTHE gen. Fink in GK § 91 Rdnr. 16; LANGEN § 91 Rdnr. 16; JESSEN/REIMANN/ZWEIGERT § 91 Anm. 3 c cc.

3) SCHMIDT aaO § 91 Rdnr. 31.

4) Vgl. Begründung 1952, die allerdings noch von einem Verbot der Kartellschiedsgerichtsbarkeit ausging; bei der Erteilung der Erlaubnis über den Antrag des Kartells der deutschen Kraftfahrzeugfedern-Hersteller durch das Bundeskartellamt sind die Kriterien der Erlaubniserteilung nicht ersichtlich: vgl. TB 1961, S. 19 BT-Drucks. 3/378; einem Exportkartell der Eisen- und Stahlindustrie wurde die Schiedsvereinbarung ohne Wahlklausel erlaubt, weil die Nachprüfung ergeben hatte, daß die Regelung rechtsstaatliche Grundsätze nicht verletze: vgl. TB 1967 S. 48 in: BT-Drucks. 5/2841.

das Bundeskartellamt nach pflichtgemäßem Ermessen. Hierfür gelten die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts: d.h. auch eine Ermessensreduzierung ist möglich. Es besteht eine Bindung des Ermessens an grundrechtliche Schranken, insbesondere an den Gleichheitssatz. Könnte man eine feste Verwaltungsübung bei der Erlaubniserteilung feststellen, wäre das Amt an seine bisherige Praxis insofern gebunden, daß es von ihr nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf¹⁾. Ist an einem Exportkartellvertrag ein ausländisches Unternehmen beteiligt und erfüllt die Schiedsvereinbarung die oben genannten Voraussetzungen, dann kann aus der Pflichtgebundenheit des Behördenermessens ein Anspruch auf Erlaubnis im Sinne des § 91 Abs. 1 S. 2 GWB bestehen²⁾.

bb) Rechtsfolgen bei fehlender Erlaubnis

Wird eine Erlaubnis nach § 91 Abs. 1 S. 2 nicht erteilt, so richten sich die Rechtsmittel gegen die Versagung nach den allgemeinen Regeln der §§ 62 ff. GWB. Es steht also die Verpflichtungsbeschwerde beim Kammergericht nach § 62 Abs. 3 GWB zur Verfügung, in dessen Rahmen das Kammergericht eine Ermessenskontrolle gemäß § 70 Abs. 4 GWB durchführt und gegebenenfalls das Bundeskartellamt verpflichtet, die Erlaubnis zu erteilen. Ob die Schiedsvereinbarung, die unter § 91 Abs. 1 S. 2 GWB fällt, bis zur Erteilung oder Versagung der Erlaubnis schwebend unwirksam³⁾ oder schlechthin unwirksam ist⁴⁾, ändert an -----

1) Vgl. ERICHSEN/MARTENS S. 191 ff.

2) So auch SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 31.

3) So LANGEN § 91 Rdnr. 17; SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 30; SCHREVEN in Müller/Gießler/Scholz § 91 Rdnr. 5; STIFFERT in GK 2. Aufl., § 91 Rdnr. 9 a.E.

4) So ALTENMÜLLER, S. 148.

der Rechtslage nichts: Wurde vor Erlaubniserteilung ein Schiedsverfahren eingeleitet, ist nach Erlaubniserteilung der Verfahrensmangel behoben und der Schiedsspruch gültig. Wird vor der Erlaubniserteilung ein Schiedsspruch gefällt, bleibt die Klage nach § 1041 Abs. 1 Nr. 1 ZPO¹⁾.

6. Folgen der fehlenden Wahlklausel

a) Rechtsfolge

Die Rechtsfolge bei fehlender Wahlmöglichkeit ist gemäß § 91 Abs. 1 GWB die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung. Die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung nach § 91 Abs. 1 GWB wirkt sich in sämtlichen Verfahrensabschnitten aus:

1. bei der Zuständigkeitsprüfung durch das Schiedsgericht selbst,
2. im Einredeverfahren vor dem staatlichen Gericht,
3. im Aufhebungsverfahren,
4. im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren und
5. bei einem Mitwirkungsersuchen an ein staatliches Gericht.

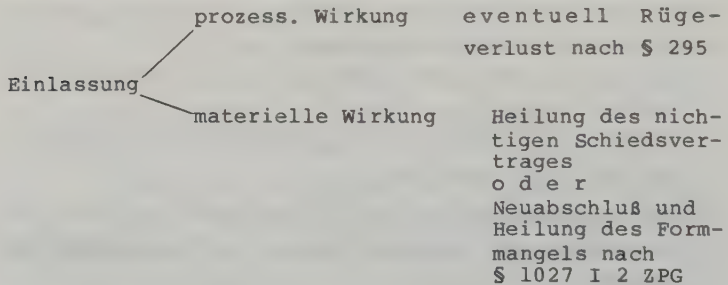
Dementsprechend bedeutsam ist die Frage, welche prozessualen und materiellen Folgen die Einlassung der Parteien auf das Schiedsverfahren hat, obschon der ursprüngliche Schiedsvertrag gemäß § 91 Abs. 1 GWB nichtig ist.

b) Einlassung im schiedsrichterlichen Hauptverfahren

Die Einlassung im schiedsrichterlichen Hauptverfahren kann unterschiedlich bewertet werden.

- 1) LANGEN § 91 Rdnr. 17; zur stagnierenden Tendenz der Neuanmeldungen von Exportkartellen vgl. GRAUEL in GK § 6 Rdnr. 11 und TB 81/82 BT-Drucks. 10/243 S. 13, 196.

Geht man zunächst davon aus, daß der Mangel der Schiedsvereinbarung, ihre Nichtigkeit den Parteien nicht bekannt ist, dann könnte ihre Einlassung zum Hauptverfahren entweder die Heilung des alten Nichtschiedsvertrages oder aber den Abschluß eines neuen Schiedsvertrages bedeuten. Dieser wäre dann ein Schiedsvertrag über eine bereits entstandene Streitigkeit, bedürfte daher keiner Wahlklausel. Er würde aber gemäß § 91 Abs. 2 GWB Schriftform erfordern. Dieses Erfordernis wäre nun einerseits nach § 1027 Abs. 1 S. 2 ZPO durch die Einlassung selbst geheilt. Dies sei schematisch nochmals dargestellt:



In der Literatur wird zum Teil nicht genau angegeben, welcher Weg beschritten wird. Es wird vom Ergebnis argumentiert und zum Teil nicht unterschieden, ob den Parteien die Nichtigkeit der alten Schiedsvereinbarung bekannt ist:

Die Parteien hätten ihre Wahlmöglichkeit verloren, wenn sie sich zur Hauptsache einließen. Es wäre dem Kläger nicht zuzumuten, wenn der Beklagte die Lage vor dem Schiedsgericht zunächst einmal sondiere, um dann gegebenenfalls auf ein anderes Verfahren umzuschwenken¹⁾. Nach Einlassung zur Hauptsache im

1) SCHREVEN in Müller/Gießler/Scholz § 91 Rdnr. 3, 1; ebenso LANGEN § 91 Rdnr. 12 c.

Schiedsverfahren verstoße die Anrufung des staatlichen Gerichtes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, sofern nicht besondere Umstände vorlägen¹⁾. Dies ist wohl dahin zu deuten, daß der alte Schiedsvertrag entweder geheilt ist oder zumindest die Parteien seine Nichtigkeit nach Einlassung nicht mehr rügen können.

Abgesehen davon, daß diese Ansichten wohl von der Kenntnis der Parteien über die Nichtigkeit der alten Schiedsvereinbarung ausgehen, sind aber beide Wege abzulehnen. Die Heilung eines anfänglich nichtigen Rechtsgeschäftes ist in der Regel nicht nachträglich möglich. Bei den im BGB vorgesehenen Fällen zum Beispiel der §§ 313 S. 2, 518 Abs. 2, 566 S. 2 BGB handelt es sich um reine Formvorschriften, bei denen die Form nachträglich entbehrlich erscheint. Die nachträgliche Heilung ist in diesen Fällen ausdrücklich gesetzlich geregelt. Ansonsten ist Heilung von Nichtigkeit weder ex tunc noch ex nunc möglich²⁾.

Ein Rügeverlust entsprechend § 295 ZPO wäre eine ebenfalls unbefriedigende Lösung. Er setzt zunächst Kenntnis oder Kennenmüssen der Nichtigkeit voraus. Der Rügeverlust hätte im übrigen eine rein prozessuale Wirkung. Er würde an der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung, auf der das ganze Schiedsverfahren und der spätere Schiedsspruch beruhen, nichts ändern. Hiergegen bestehen erhebliche Bedenken. Denn ohne jeden Schiedsvertrag kann für ein Schiedsgericht keine privatautonome Rechtsprechungsfunktion entstehen. "Die Einlassung würde nicht vor einem unzu-

1) JESSEN/REIMANN/ZWEIGERT § 91 Anm. 3 b.

2) ALTENMÜLLER, S. 143; LARENZ BGB AT S. 144 ff.

ständigen, sondern vor einem Nichtschiedsgericht erfolgen"1).

Es bleibt die Möglichkeit zu untersuchen, ob durch die Einlassung im Schiedsverfahren ein neuer Schiedsvertrag - jetzt über eine schon entstandene Streitigkeit - geschlossen wurde. Der immer noch schwebende Streit, ob es sich bei einem Schiedsvertrag um einen materiellrechtlichen oder um einen Prozeßvertrag handelt, ist für die hier zu untersuchende Frage ohne Bedeutung. Denn auch der Abschluß eines Prozeßvertrages untersteht den Vorschriften des materiellen Rechts²⁾. Auch für einen prozessualen Vertrag sind zwei übereinstimmende Willenserklärungen und ihre jeweiligen Elemente, also Rechtsfolgewille und Erklärungsbewußtsein, nötig. Wann Erklärungsbewußtsein bei einer Einlassung auf das Schiedsverfahren vorliegt und welche Anforderung hieran zu stellen sind, wird unterschiedlich beurteilt. Unproblematisch ist es, wenn den Parteien die Nichtigkeit der alten Schiedsvereinbarung nach § 91 Abs. 1 GWB bekannt ist. Lassen sich hier die Parteien vorbehaltlos auf die Schiedsklage ein, haben sie in jedem Fall Erklärungsbewußtsein, daß sie das Schiedsverfahren wollen, obschon ihre ursprüngliche Schiedsvereinbarung nichtig ist. Ebenso verhält es sich, wenn sie nur Zweifel an der Gültigkeit haben, zum Beispiel weil es sich offensichtlich um einen wettbewerbsrelevanten Hauptvertrag im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB handelt. Auch hier ist ein stillschweigender Neuabschluß zu bejahen.

1) THOMAS/PUTZO § 1027 Anm. 2 c; ebenfalls gegen Heilung des alten Schiedsvertrages: BGH z.B. WuW/E BGH 486 (490); 605 (607); diese Entscheidungen beziehen sich auf Schiedsverträge vor Erlass des GWB, für die die Sondervorschrift des § 106 Abs. 4 GWB gilt.

2) BLOMEYER § 30 VIII 3. S. 147; BAUMGÄRTL, S. 379; SCHMIDT "Heilung" S. 191.

Wie sieht es aber aus, wenn den Parteien die Nichtigkeit der alten Schiedsvereinbarung nicht bekannt ist? Die Rechtsprechung hat die Anforderung an das Erklärungsbewußtsein niedrig angesetzt. So billigt der BGH in seiner "Schotter-Entscheidung" die Auffassung der Vorinstanz und läßt es genügen, daß sich die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Schiedsgericht geäußert haben¹⁾. Die Parteien waren sich über die Zuständigkeit und Besetzung des Schiedsgerichts einig. Hierin sei der nachträgliche Abschluß eines verbindlichen Schiedsvertrages über die entstandene Streitigkeit zu sehen. In der Bestellung der Schiedsrichter und den wechselseitigen Erklärungen liege eine Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen dahin, daß der Rechtsstreit in vollem Umfang vom Schiedsgericht entschieden werden solle. Zum Abschluß eines neuen Schiedsvertrages genüge der erkennbare Wille der Parteien die Entscheidung dem Schiedsgericht zu übertragen. Es genüge, daß eine Partei das Schiedsgericht anrufe, und sich die andere Partei vorbehaltlos einlasse. Zugleich liege in der Einlassung ein Verzicht auf Anrufung des ordentlichen Gerichtes. Dies mag bei der "Schotter-Entscheidung" gerechtfertigt sein, da die Parteien offensichtlich von einem kartellrechtlichen Vertrag ausgingen und daher rechtzeitig rügen konnten. Zum Teil wird aber völlig auf das Erklärungsbewußtsein verzichtet²⁾.

Es wird auch dann ein konkludenter Neuabschluß angenommen, wenn die Parteien gar nicht an die Unwirksamkeit des alten Schiedsvertrages dachten. Dieses möglicherweise fehlende Erklärungsbewußtsein verhindere nicht die Rechtsfolge der Willenserklä-

1) WuW/E BGH 523, 526, 527 "Schotter"; hierdurch wird der Unterschied zwischen Neuabschluß und Heilung neutralisiert, vgl. SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 20.

2) OLG Hamburg MDR 1969, S. 1019.

rung. In der Erklärung über das Einverständnis mit dem Schiedsrichter liege die Erklärung, den Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen und darin ein neuer Schiedsvertrag¹⁾.

Eine solche Vernachlässigung des rechtsgeschäftlichen Erklärungsbewußtseins überzeugt nicht. Sie ist kaum mit den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre vereinbar. Auch bei der konkludenten Abgabe einer Willenserklärung muß ein entsprechender Abschlußwille vorhanden sein. Der Wille, einen neuen Schiedsvertrag abzuschließen, kann aber nicht vorliegen, wenn der Erklärende noch an die Gültigkeit des alten Schiedsvertrages glaubt. Dementsprechend ist auch einer Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes im Sinne des § 141 BGB die Kenntnis der Nichtigkeit, zumindest aber ein Zweifel an der Gültigkeit Voraussetzung für einen konkludenten Neuabschluß²⁾. Ein Rechtsgeschäft, das man bedenkenfrei für gültig hält, kann man nicht im obigen Sinn bestätigen³⁾.

Eine andere Auffassung ist auch mit dem Schutzzweck des § 91 Abs. 1 GWB nicht vereinbar. Stellt man an das Erklärungsbewußtsein zu geringe Anforderungen, besteht immer die Gefahr, daß den Parteien durch die Annahme eines neuen Schiedsvertrages die Rüge der Nichtbeachtung des § 91 Abs. 1 GWB beim alten Schiedsvertrag und damit das Recht, sich an ein staatliches Gericht zu wenden, frühzeitig genommen wird. Das kann dazu führen, daß sich eine Partei nur deshalb rügelos auf ein Schiedsverfahren einläßt, weil sie aus Rechtsunkenntnis die

1) BGH Hamburg aaO; offengelassen, ob Erklärungsbewußtsein nötig, von: BGHZ 48, S. 35 (45), 46. Ebenso RGZ 137, S. 251 mit Verweis auf RGZ 27, S. 378; 29, S. 391, 392.

2) LARENZ BGB AT S. 444 ff.

3) MAYER-MALY in: MK § 141 Rdnr. 1, 12.

Schiedsklausel für wirksam hält. Aber § 91 Abs. 1 S. 1 will nun gerade sicherstellen, daß sich die Betroffenen der Möglichkeit bewußt sind, die Einlassung auf das Schiedsverfahren auch verweigern zu können¹⁾.

Die Parteien müssen also die Nichtigkeit der alten Schiedsvereinbarung gemäß § 91 Abs. 1 GWB kennen oder zumindest Bedenken gegen die Gültigkeit haben, wenn man ihre Einlassung auf das schiedsrichterliche Verfahren als Neuabschluß eines Schiedsvertrages werten will²⁾. Bei dem nachträglich zustande gekommenen Schiedsvertrag handelte es sich nicht mehr um einen über künftige Streitigkeiten im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB, sondern über die ja nun entstandene Streitigkeit gemäß § 91 Abs. 2 GWB. Die mangelnde Schriftform wird ihrerseits unproblematisch durch die Einlassung gemäß § 1027 Abs. 1 S. 2 ZPO geheilt³⁾.

c) Wahlrechtsausübung in bestimmter Frist ?

Wenn die Parteien in einer Schiedsvereinbarung eine Wahlmöglichkeit im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB vereinbart haben, dann fragt es sich, wann das

-
- 1) So OLG München WuW/E OLG 2877, 2880 "Abonnentenwerbung"; das OLG konnte ein Erklärungsbewußtsein der Parteien nicht feststellen. Keine der Parteien habe vorgetragen, daß sie sich bewußt gewesen seien oder daß sie auch nur mit der Möglichkeit gerechnet haben, daß der Schiedsvertrag nichtig sei. Auch aus den schriftlichen Unterlagen seien Hinweise hierauf nicht zu entnehmen.
 - 2) OLG München in KTS 1977, S. 178 (180); ALTENMÜLLER, S. 163; SCHLOSSER in Stein/Jonas/Schlosser § 1041 III 1 a; v. RENTHE gen. Fink in GK § 91 Rdnr. 11; wohl auch LIEBERKNECHT, S. 317.
 - 3) V. RENTHE gen. Fink in GK § 91 Rdnr. 8; WESTERMANN S. 854 Fn. 3; LIEBERKNECHT, S. 317; LANGEN/NIEDERLEITHINGER § 91 Rdnr. 5; wohl auch TETZNER, S. 248; auf die Möglichkeit hinweisend: SCHWAB, S. 171 oben.

Wahlrecht ausgeübt werden muß. Es liegt nahe, daß der Kläger ein Interesse daran hat zu wissen, vor welchem Gericht er klagen muß. Deswegen wäre eine Klärung schon vor Klageerhebung wünschenswert. Aber auch wenn der Kläger sich zunächst an ein oder das vereinbarte Gericht wendet, wird er möglichst schnell wissen wollen, ob der Beklagte nun von seinem Wahlrecht dahingehend Gebrauch macht, den Streit vor einem staatlichen Gericht klären zu lassen. Es liegt nahe, dem Beklagten zur Ausübung des Wahlrechts eine angemessene Frist zu setzen. Eine solche Fristsetzung wird zum Teil mit der Begründung abgelehnt, sie verstoße gegen das Grundprinzip des § 91 Abs. 1 S. 1 GWB, daß dem staatlichen Gericht Vorrang vor dem Schiedsgericht zukomme¹⁾. Es sei daher egal, ob eine Frist gesetzt würde. Für den Beklagten entfielen auchdanach nicht das Recht, sich an ein staatliches Gericht zu wenden. In einem solchen Fall habe das vom Kläger schon angerufene Schiedsgericht dessen Klage mangels Zuständigkeit abzuweisen.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Das Wahlrecht soll dem Beklagten nicht abgeschnitten werden. Doch die Ausübung in einer angemessenen Frist ist für den Beklagten zumutbar und mit dem Zweck des § 91 Abs. 1 S. 1 GWB vereinbar. Die oben vertretene Auffassung ist weder praktikabel, noch dem Kläger zuzumuten. Der Beklagten könnte sich erst einmal auf das Schiedsverfahren einlassen, um zu sehen, wie seine Aussichten sind, um dann, wenn es schlecht steht, doch auf das staatliche Gericht umzuschwenken. Deswegen wird man es sogar zu den vorprozessualen Pflichten des Beklagten zählen müssen, für eine baldige Klarstellung zu sorgen. Man denke allein an die Zeitbelastung, aber

1) ALTENMÜLLER, S. 142: an der Anrufung des staatlichen Gerichtes habe die Allgemeinheit ein größeres Interesse als an der schiedsgerichtlichen Entscheidung.

vor allem an die Kosten, die bei einem unzulässigen Schiedsverfahren oder einem wegen Unzuständigkeit klageabweisenden Prozeßurteil durch das Schiedsgericht der Kläger tragen müßte. Es ist daher gerechtfertigt und empfehlenswert, daß entweder das Schiedsgericht oder der Kläger selbst der anderen Partei eine angemessene Frist zur Ausübung des Wahlrechts setzt. Danach sollte eine spätere Einrede des ordentlichen Rechtsweges wegen Verstoßes gegen Grundsätze von Treu und Glauben unbeachtlich sein¹⁾.

7. Form des Schiedsvertrages

a) Regelung der §§ 1027 Abs. 2 ZPO, 91 Abs. 2 GWB

Die grundlegende Formvorschrift für Schiedsverträge ist § 1027 ZPO. § 1027 Abs. 1 ZPO normiert die Schriftform. § 1027 Abs. 2 ZPO nimmt davon die Schiedsverträge aus, die für beide Parteien ein Handelsgeschäft sind. Hierunter dürften die meisten Kartellschiedsverträge fallen, so daß diese dann formfrei abgeschlossen werden können. Nun bestimmt § 91 Abs. 2 GWB, daß diese Erleichterung nicht für Schiedsverträge über bereits entstandene Streitigkeiten gilt. Das wird damit begründet, daß in Kartellangelegenheiten selbst für Kaufleute der Schiedsvertrag ein Rechtsgeschäft von so einschneidender Bedeutung sei, daß Schriftform ausdrücklich verlangt werden müsse²⁾.

Schiedsverträge über künftige Streitigkeiten im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB dürften demnach formlos,

1) Hier: venire contra factum proprium; v. RENTHGE gen. Fink in GK § 91 Rdnr. 12 mit Hinweis auf § 264 Abs. 2 BGB; TIFFERT in GK 2. Aufl., § 91 Rdnr. 6; SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 24; SCHREVEN in Müller/Gießler/Scholz § 91 Rdnr. 3; LANGEN § 91 Rdnr. 5.

2) Begründung 1952 S. 154 zu § 66 RegE.

Schiedsverträge über bereits entstandene nur schriftlich abgeschlossen werden. Das überrascht. Denn Schiedsverträge über künftige Streitigkeiten enthalten die einschneidendere Bindung. Hier wäre der Schutz der Parteien eher angebracht als bei schon entstandenen Streitigkeiten. Schiedsverträge im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB müssen aber die Wahlmöglichkeit enthalten. Dies läuft auf einen ähnlichen Schutz der Parteien hinaus. Denn der ordentliche Rechtsweg wird nur ausgeschlossen, wenn der Schiedsvertrag nachweislich abgeschlossen wurde. Dennoch ist die Regelung inkonsequent. Die Begründung des Gesetzgebers¹⁾ paßt besser für künftige Rechtsstreitigkeiten als für entstandene. Bei bereits entstandenen Streitigkeiten sind Schiedsverträge ungefährlicher. Denn bei bereits entstandenen Streitigkeiten bleibt den Parteien die freie Entscheidung über das "Ob" und das "Wie" des Schiedsverfahrens. Der Gesetzeszweck des § 91 Abs. 1 GWB - Schutz vor innerem Kartellzwang - bezieht sich ja auch überwiegend auf Schiedsverträge nach § 91 Abs. 1 GWB. Gerade für diese gilt das Formerfordernis nicht.

Letztlich werden jedoch auch diese Schiedsvereinbarungen in der Praxis ausschließlich schriftlich abgeschlossen werden. Denn die Verträge, an die der Gesetzgeber bei § 91 Abs. 1 GWB dachte, werden durchweg unter die Formvorschrift des § 34 GWB fallen²⁾. Das sind die kartellorganisationsrechtlichen Verträge, also die sogenannten klassischen Kartelle. Insofern unterliegen auch deren Schiedsverträge über künftige Streitigkeiten gemäß § 34 der Schriftform, soweit sie als Teil der klassischen Kartellverträge

1) Begründung 1952 aaO.

2) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 32; ALTENMÜLLER, S. 160, der zwischen § 91 Abs. 2 und § 34 GWB ein Ergänzungsverhältnis sieht.

anzusehen sind. Die Vielzahl der inzwischen auch wettbewerbsrelevanten Austauschverträge fällt nach der hier vertretenen Auffassung ohnehin nicht unter § 91 Abs. 1 und Abs. 2¹⁾. Für diese gilt nur § 1027 Abs. 1, Abs. 2 ZPO. Das ist auch folgerichtig, denn gerade bei diesen Verträgen stellt der Abschluß einer Schiedsvereinbarung nicht das zu verdamme Mittel eines inneren kartellrechtlichen Organisationszwanges dar, vor dem selbst Kaufleute durch Formvorschriften wie dem § 91 Abs. 2 GWB zu bewahren sind. Bei Streitigkeiten aus diesen Verträgen ist die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens lediglich eine für Handelsgeschäfte attraktive Erledigung der Streitentscheidung.

b) Einfluß der internationalen Vereinbarungen

Ebenso wie die Unterscheidung bezüglich des Erfordernisses einer Wahlklausel zwischen künftigen und bereits entstandenen Streitigkeiten ist auch die entsprechende Unterscheidung hinsichtlich des Formerfordernisses mit Blick auf die internationalen Übereinkommen bedenklich. Das UN-Übereinkommen und das europäische Übereinkommen verbieten eine solche Unterscheidung²⁾. Es müßte also entweder für beide Fälle des § 91 Abs. 1 GWB oder für keinen die Schriftform gelten. In seiner jetzigen Fassung verstößt der § 91 GWB jedenfalls auch in dieser Hinsicht gegen geltendes Völkerrecht³⁾. Sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 des § 91 sind daher nicht anwendbar, wenn das UN-Übereinkommen oder das europäische Übereinkommen gelten.

1) Siehe oben B I 3. c) cc).

2) Siehe oben B I 4. a).

3) Vgl. bezüglich § 91 Abs. 2 KORNMEYER/SANDROCK in Sandrock Band 2, S. 927 Rdnr. 100; SCHLOSSER Rdnr. 349.

II. Einfluß des GWB während des Schiedsverfahrens

Während des Schiedsverfahrens kann sich das GWB vor allem aufgrund der Bestimmungen des § 90 und des § 96 Abs. 2 GWB auswirken.

1. § 90 GWB lautet:

"Das Gericht hat das Bundeskartellamt über alle Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz oder aus Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen ergeben, zu unterrichten."

§ 90 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 regeln die Beteiligung des Bundeskartellamtes im einzelnen. Fraglich ist, ob der § 90 GWB auf die Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar ist. Das würde zunächst bedeuten, daß jedenfalls ein deutsches, also inländisches Schiedsgericht das Bundeskartellamt über das eingeleitete Verfahren unterrichten müßte.

Der Wortlaut der Norm spricht lediglich von Gerichten. Damit kann die gesamte deutsche Gerichtsbarkeit einschließlich der privaten Schiedsgerichte gemeint sein. Hierfür könnte auch sprechen, daß in § 90 GWB die Unterscheidung zwischen "ordentlichen" und Schiedsgerichten wie in den § 87 ff. fehlt und in § 90 GWB also ein umfassender Gerichtsbegriff zu sehen ist¹⁾. Der Gesetzeswortlaut läßt wohl auch die gegenseitige Auffassung zu, daß man im Sprachgebrauch unter "Gerichten" zunächst nur staatliche Gerichte versteht. Hätte der Gesetzgeber mit § 90 GWB auch Schiedsgerichte gemeint, hätte es nahegelegen, diese doch schwerwiegende Auflage auch im Wortlaut der Norm auszudrücken, zumal Schiedsgerichte im GWB an anderer Stelle ausdrücklich genannt werden.

Der Gesetzeszweck hilft möglicherweise bei der Auslegung des § 90 GWB weiter. Nach der Regie-

1) So ALTENMÜLLER, S. 177.

rungsbegründung soll der § 90 GWB entsprechend den § 52 PatenG den Kartellbehörden die Möglichkeit geben, auch bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten das öffentliche Interesse wahrzunehmen¹⁾. Sieht man das öffentliche Interesse, welches das Bundeskartellamt wahrzunehmen hat, in der sachgerechten Durchsetzung des GWB, könnte man meinen, daß dieses in Schiedsverfahren genauso zu wahren ist wie in staatlichen Verfahren. Dann ist der § 90 GWB auch auf die Schiedsgerichtsbarkeit anzuwenden²⁾. Durch § 90 GWB würde jedenfalls eine Erleichterung der Kartellaufsicht erreicht.

Diese Auffassung stößt auf Bedenken. Eine Anwendung des § 90 GWB auf die Schiedsgerichtsbarkeit wäre inkonsequent und systemfremd. Nach der deutschen Rechtsordnung sind Kartellstreitigkeiten schiedsfähig und damit im Falle eines Schiedsverfahrens in den Bereich privatrechtlicher Streitentscheidung entlassen. Dies gilt, obwohl es sich bei dem GWB um öffentlich-rechtlich geprägte und meist zwingende Normen handelt. Es wäre nicht folgerichtig, wenn nun durch die "Hintertür" des § 90 GWB der Staat auf die Streitentscheidung Einfluß nähme. Eine solche Einbeziehung wäre auch systemfremd, da das Schiedsrecht von der völligen Trennung hoheitlicher und privater Verfahren ausgeht. Die notwendige Überprüfung der Schiedssprüche ermöglichen die Verfahren nach §§ 1041, 1044 ZPO. In diesen staatlichen Verfahren ist jetzt der § 90 GWB natürlich anwendbar, so daß in den

- 1) RegB 1952 zu § 65 RegE, BT-Drucks. II 1158 Anlage 1, S. 54.
- 2) So ALTENMÜLLER, S. 179, der meint, daß dies umso mehr gelte, als die Gefahr der Nichtbeachtung des GWB in Schiedsverfahren größer sei als in staatlichen Gerichtsverfahren; zugebend, daß der Normzweck des § 90 GWB eine Nichtanwendung auf Schiedsgerichte kaum rechtfertige: SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 90 Rdnr. 4, 38.

kritischen Fällen die Beteiligung des Bundeskartellamtes gewährleistet ist¹⁾. Müste bei jedem wettbewerbsrelevanten Schiedsverfahren das Bundeskartellamt beteiligt werden, wäre die Schiedsgerichtsbarkeit gerade der Eigenschaften beraubt, die sie für Geschäftspartner attraktiv macht.

Dies wird deutlich, wenn man das Verfahren bei § 90 GWB betrachtet: die Unterrichtung des Bundeskartellamtes erfolgt zwar formlos durch das Schiedsgericht, das Amt wird auch nicht selbst Prozeßpartei²⁾. Gemäß § 90 Abs. 1 S. 2 GWB hätte das Schiedsgericht dem Amt auf Verlangen aber Abschriften von allen Schriftsätzen, Protokollen, Verfügungen und Entscheidungen zu übersenden. Nach § 90 Abs. 2 GWB kann sich die Behörde aktiv durch Schriftsätze und mündliche Ausführungen am Verfahren beteiligen. Es kann in den Verhandlungen Fragen an die Parteien, Zeugen und Sachverständigen richten. Der Einfluß des Amtes sollte dabei angesichts seines großen Apparates und des Gewichtes, das seinen Ausführungen beigemessen wird, nicht gering eingeschätzt werden³⁾. Durch die Beteiligung des Amtes würde in der Praxis die Parteiherrschaft in Schiedsverfahren eingeschränkt werden⁴⁾. Vor allem aber wäre es vorbei mit der

1) STEINDORFF, S. 195; v. RENTHGE gen. Fink § 90 Rdnr. 10, § 91 Rdnr. 22.

2) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 90 Rdnr. 8.

3) V. RENTHGE gen. Fink in GK § 90 Rdnr. 7 der auf das Bußgeldrecht des Amtes in diesem Zusammenhang hinweist.

4) So für staatliche Verfahren v. RENTHGE gen. Fink in GK § 90 Rdnr. 2, der den Einfluß des Amtes bei Landgerichten und beim BGH für erheblich hält; in OLG Frankfurt WuW/E OLG 491 erbat der Senat eine Stellungnahme des Bundeskartellamtes zur Lückenlosigkeit von Preisbindungssystemen. In den Entscheidungsgründen heißt es: "die Ausführung des Bundeskartellamtes geben Anlaß zu erheblichen Bedenken gegenüber der bisherigen Rechtsprechung der Gerichte".

Vertraulichkeit in Schiedsgerichtsverfahren. Außerdem würden für die Parteien die bei Schiedsverfahren nach wie vor günstigen Zeit- und damit Kostenvorteile angesichts des oben geschilderten Verfahrens eher zu einem Unsicherheitsfaktor. Es erscheint nicht folgerichtig, einerseits das Schiedsverfahren in Wettbewerbsstreitigkeiten zuzulassen und andererseits diesen Schiedsverfahren über den § 90 GWB die Attraktivität und Effektivität wieder zu nehmen. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß es im GWB an jeglicher Sanktion fehlt, falls das Bundeskartellamt vom Schiedsgericht nicht beteiligt würde. Auch dies spricht systematisch gegen die Auffassung, die eine Beteiligung des Bundeskartellamtes nach § 90 GWB befürwortet.

Eine Auslegung des § 90 GWB dahin, ihn auch auf die private Schiedsgerichtsbarkeit anzuwenden, ergibt sich weder aus dem Wortlaut dem Gesetzeszweck noch aus dem System der Kartellschiedsgerichtsbarkeit und ist daher abzulehnen¹⁾. Die Frage nach der Anwendbarkeit des § 90 GWB auf internationale Schiedsverfahren stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht. Sie wären aber schon im Hinblick auf die Art. 5 Abs. 1 d UNÜ und Art. 4 EÜ und die darin zum Ausdruck kommende Ausgestaltungsfreiheit des Verfahrens abzulehnen²⁾.

1) Vgl. auch LANGEN § 90 Rdnr. 1 a.E.; v. RENTHGEN. Fink in GK § 90 Rdnr. 10, § 91 Rdnr. 22, der anmerkt, Schiedsgerichtsbarkeit sei nur eine Form privatrechtlicher Streitbeilegung; nach oben vertretene Auffassung müßte man letztlich auch alle anderen Formen, etwa den Vergleich oder die Schlichtung unter § 90 GWB subsumieren.

2) Die Parteien sind nicht einmal an den ordre public des gewählten Verfahrensrechts gebunden: SCHLOSSER Rdnr. 421; v. HOFFMANN S. 86; SCHWAB, S. 380 ff.; MÜNZBERG, S. 108; SCHNITZER, S. 748; GULDENER, S. 586.

2. § 96 Abs. 2 GWB

§ 96 Abs. 2 S. 1 GWB lautet:

"Hängt die Entscheidung ganz oder teilweise von einer Entscheidung ab, die nach diesem Gesetz zu treffen ist, so hat das Gericht das Verfahren bis zur Entscheidung durch die nach diesem Gesetz zuständigen Behörden und Gerichte auszusetzen."

Als zweite Norm des GWB, die auf das Schiedsverfahren Einfluß haben könnte, bleibt § 96 Abs. 2 GWB. Der Wortlaut des § 96 Abs. 2 läßt ebenso wie der des § 90 GWB die Anwendbarkeit auch auf die Schiedsgerichtsbarkeit zu. Doch nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur gilt der § 96 Abs. 2 nur für staatliche Gerichtsverfahren¹⁾. Das ist nur konsequent, denn wenn die Schiedsgerichte die Entscheidung in der Hauptsache selbständig treffen können, müssen sie über Vorfragen erst recht entscheiden können. Die Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen zwischen Kartellbehörden und Schiedsgericht ist nicht gegeben, da kartellbehördliche Verfügungen keinen rückwirkenden rechtsgestaltenden Charakter haben²⁾. Im übrigen gilt das zu § 90 Abs. 1 GWB Gesagte auch hier³⁾. Insbesondere wird der § 96

1) SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 96 Rdnr. 7; ders. § 91 Rdnr. 38; LANGEN § 96 Rdnr. 3; v. RENTHGE gen. Fink in GK § 96 Rdnr. 8; SCHREVEN in Müller/Gießler/Scholz § 96 Rdnr. 1; MÖHRING S. 372; BÖCKSTIEGEL S. 163 Fn. 20; LIPPS S. 13; BGH WUV/E BGH S. 523, 527 "SCHOTTER"; WUV/E BGH 823, 827 "SCHWEISBOLZEN"; anderer Auffassung bezüglich der Vorlage vor Kartellbehörden: ALTENMÜLLER S. 45 ff., der insofern differenziert und eine Vorlage an die Kartellgerichte ebenfalls ablehnt.

2) Vgl. ALTENMÜLLER, S. 49.

3) Siehe oben B II 1.

Abs. 2 GWB wieder in staatlichen Aufhebungs- und Anerkennungsverfahren relevant, so daß hier das staatliche Gericht gegebenenfalls nach § 96 Abs. 2 GWB aussetzen muß¹⁾.

1) v. RENTHGE gen. Fink aaO; SCHMIDT in Immen-
ga/Mestmäcker aaO.

C. Kartellrechtliche Probleme des Verfahrens vor dem staatlichen deutschen Gericht

I. Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO

1. Anwendbarkeit des § 1041 ZPO

Eine Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO ist nur bei inländischen Schiedssprüchen möglich. Die Aufhebung ausländischer Schiedssprüche wird als Eingriff in fremde Gerichtsbarkeit abgelehnt¹⁾. Ein inländischer Schiedsspruch liegt dann vor, wenn inländisches, also deutsches Schiedsverfahrensrecht anwendbar war²⁾. Da die Parteien bestimmen können, nach welchem Recht sich das Schiedsverfahren richtet, bestimmen sie letztlich über den Charakter des Schiedsspruches als inländischen oder ausländischen und damit über die Anwendbarkeit des § 1041 ZPO. Eine Aufhebungsklage nach § 1041 ZPO wird nicht etwa bei Kartellstreitigkeiten durch § 91 GWB ausgeschlossen³⁾. Die Aufhebungsklage ist die einzige Möglichkeit, ein Schiedsspruch wegen elementarer Mängel anzugreifen und hat mit dem Sinn und Zweck des § 91 nichts zu tun. Eine Aufhebungsklage ist daher uneingeschränkt auf Kartellschiedssprüche anwendbar.

-
- 1) SCHWAB, S. 222; SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 V; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN § 1041 2. A, § 1044 1 B; RG 116, S. 194; BGHZ 21, S. 365 (366).
 - 2) Im Umkehrschluß für ausländische Schiedssprüche: MEIER RdNr. 472; BGHZ 21, S. 365 (367).
 - 3) So aber KROITZSCH, S. 392, 393; MÖHRING NJW 1968, S. 371; sie meinen, § 91 GWB sei eine Sonderregelung und schließe eine Nachprüfung kartellrechtlicher Schiedssprüche nach den §§ 1041, 1042 ZPO aus. Da die Wahlklausel des § 91 GWB den Parteien schon die Möglichkeit gebe, ein staatliches Gericht anzurufen, sei eine Aufhebungsklage nicht mehr gerechtfertigt.

2. § 1041 Abs. 1 Nr. 1 l. Alt. ZPO: Ungültiger
Schiedsvertrag

Im GWB könnten sich Probleme für die Gültigkeit des Schiedsvertrages nur aus § 91 GWB ergeben. Dies setzt voraus, daß das deutsche überprüfende staatliche Gericht deutsches Recht einschließlich des GWB auf den Schiedsvertrag überhaupt anwendet.

a) Frage nach dem anwendbaren Recht

Daraus, daß deutsches Verfahrensrecht anwendbar ist, ergeben sich keine Folgerungen für das auf den Schiedsvertrag anwendbare Recht. Die Parteien können, auch wenn sie für das Schiedsverfahren deutsches Recht gewählt haben, für die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung ein anderes Recht als maßgebliches bestimmen¹⁾. Dies ergibt sich auch aus den internationalen Übereinkommen, insbesondere aus dem UN-Übereinkommen und aus dem europäischen Übereinkommen. Sowohl Art. 5 Abs. 1 UNÜ als auch Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 a EÜ normieren die Vereinbarungsfreiheit der Parteien bezüglich der lex contractus und der lex processualis. Nur das europäische Übereinkommen ist vom deutschen Gericht bei der Überprüfung eines inländischen Schiedsspruches im Rahmen des § 1041 ZPO anwendbar²⁾. Das GWB wird also nur dann im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 1 l. Alt. ZPO vom deutschen Gericht angewandt, wenn von den Parteien für die Gültigkeit des Vertrages nichts anderes vereinbart wurde.

1) SCHWAB, S. 337, 339; MEIER, Handbuch, S. 475 Rdnr. 554; SCHLOSSER, S. 212, 213 Rdnr. 220/221, mit der Einschränkung, daß ein internationaler Bezug erforderlich ist.

2) Das UN-Übereinkommen ist vom deutschen Gericht nicht für inländische Schiedssprüche anwendbar, auch wenn diese zur Regelung internationaler Fälle ergangen sind: vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 1, S. 2 UNÜ; SCHLOSSER, S. 206 Rdnr. 213.

b) Kompetenz-Kompetenz

Möglicherweise kann aber das staatliche Gericht den Schiedsvertrag nicht mehr selbständig nachprüfen, wenn dies bereits das Schiedsgericht bindend getan hat. Die Fähigkeit des Schiedsgerichts, bindend über die Gültigkeit des Schiedsvertrages und damit über seine eigene Zuständigkeit zu entscheiden, bezeichnet man als sogenannte Kompetenz-Kompetenz. Eine solche Bindung des staatlichen Gerichts an die Entscheidung des Schiedsgerichts wird aber teilweise abgelehnt.

Das wird damit begründet, daß der Schiedsgerichtsbarkeit schließlich Grenzen in der ZPO gesetzt seien, welche sie zu beachten hätte. Die Einhaltung dieser Regeln der ZPO müsse von den staatlichen Gerichten überprüft werden können. Akzeptiere man eine Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte könne ein Verstoß z.B. gegen die §§ 1025, 1026, 1027 ZPO von den staatlichen Gerichten nicht mehr festgestellt und korrigiert werden¹⁾.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Ihr ist folgendes entgegenzuhalten: Die Überprüfung des Schiedsvertrages dient letztlich nur dem Schutz der Parteien. Sie dient nicht der Wahrung der öffentlichen Interessen der deutschen Rechtsordnung. Die öffentlichen Interessen der deutschen Rechtsordnung werden durch die ordre-public-Kontrolle des Schiedsspruches im Rahmen des § 1041 Abs. I Nr. 2 ZPO gewahrt und nicht durch § 1041 Abs. I Nr. 1 ZPO.

1) SCHWAB, S. 40; wohl auch LIPPS, S. 312 (313); ebenso werde eine Überprüfung des Schiedsvertrages auf § 91 ausgehöhlt: ALTENMÜLLER, S. 237.

Für eine Kompetenz-Kompetenz spricht ferner die Regelung des § 1037 ZPO. Nach § 1037 ZPO soll ein Schiedsgericht sein Verfahren zu Ende führen, wenn es sich selbst für zuständig hält und von einer gültigen Schiedsvereinbarung ausgeht. Wenn die Parteien ein Schiedsgericht zu einer entgeltlichen Entscheidung ermächtigt haben, ist eine bindende Wirkung für das staatliche Gericht zu bejahen¹⁾.

Hat das staatliche Gericht selbst die Schiedsvereinbarung eines wettbewerbsrelevanten Vertrages zu kontrollieren, so hat es die Voraussetzungen des § 91 Abs. 1 zu prüfen. Es hat bei fehlender Wahlmöglichkeit im Sinne des § 91 Abs. 1 GWB und damit wegen der hieraus folgenden Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung den Schiedsspruch gemäß § 1041 Abs. 1 Nr. 1 l. Alt. ZPO aufzuheben.

3. § 1041 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. ZPO: Unzulässiges Verfahren

Für die Überprüfung des Schiedsverfahrens ist ausschließlich deutsches Schiedsverfahrensrecht maßgeblich, denn im Falle des § 1041 ZPO handelt es sich stets um einen inländischen Schiedsspruch. Hält man die §§ 90, 96 Abs. 2 GWB für die Schiedsgerichtsbarkeit für anwendbar²⁾, dann wird an dieser Stelle

1) So auch: RG vom 12.1.1934 in: WARNMEYERS Rechtsprechung 1934 Nr. 42 S. 92 zur Auslegung der Schlußschein-Klausel "Hamburger freundliche Arbitrage"; BGH BB 1955, S. 552 li.Sp.; BGH WM 1970, S. 1050 (1051); BGH NJW 1977, S. 1397; LG Dortmund WuW 1968, S. 691 (692); SCHLOSSER, S. 492, 493, ders. in Stein/Jonas § 1037 Abs. III; HABSCHIEDT, Drei aktuelle Fragen, S. 151. Diese Ermächtigung müßte lediglich in einer zweiten, vom Schiedsvertrag unabhängigen Klausel enthalten sein, damit ihr der mögliche Fehler des Schiedsvertrages nicht anhaftet; vgl. näher dazu: SCHLOSSER, S. 492, 493.

2) Siehe aber oben B II 1. 2.

die Überprüfung der Einhaltung dieser Norm relevant. Der Schiedsspruch müßte auf einer Verletzung der §§ 90, 96 GWB beruhen. Das bedeutet nach den Grundsätzen von § 549 ZPO, es muß die Möglichkeit bestehen, daß ohne den Verstoß anders entschieden worden wäre¹⁾.

Dies wird man nur bei wesentlichen Verfahrensvorschriften bejahen können. Ob die Nichtbeachtung von den §§ 90, 96 Abs. 2 GWB einen solchen schwerwiegenden Verstoß darstellen, müßte das Gericht klären. Diese Frage stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung aber erst gar nicht, da diese Normen im Schiedsverfahren nicht anwendbar sind²⁾.

4. Verstoß gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung gem. § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO

Nochmals relevant werden können wettbewerbsrechtliche Normen im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

a) Bedeutung der gesetzlichen Formulierung "Anerkennung des Schiedsspruches"

Bei der Prüfung des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist der genaue Wortlaut von Bedeutung für den Umfang und das Objekt der Überprüfung durch das Gericht. Entscheidend ist der Begriff Anerkennung. Der § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO stellt nicht darauf ab, ob der Schiedsspruch des Schiedsgerichts gegen die öffentliche Ordnung verstößt, sondern darauf, ob seine Aner-

1) SCHWAB, S. 171 ff.; MEYER, Handbuch S. 406 Rdnr. 464.

2) Die Anwendbarkeit bezweifelt, einen schwerwiegenden Verstoß ebenfalls ablehnend: SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 45; ALTENMÜLLER, S. 232, 233, 239 bejaht eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften, wenn die §§ 90, 96 vom Schiedsgericht nicht beachtet werden und bejaht in diesem Fall die Aufhebung des Schiedsspruches durch das staatliche Gericht.

kennung durch das staatliche Gericht gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde¹⁾. Beides klingt ähnlich, ist aber nicht gleichzusetzen. Der Schiedsspruch kann als Ergebnis einer falschen Entscheidungsfindung falsch sein. Hat das Schiedsgericht bei dieser falschen Entscheidungsfindung eine Norm, die zur öffentlichen Ordnung gehört, nicht beachtet, würde der Schiedsspruch gegen die öffentliche Ordnung verstoßen.

Hierauf kommt es aber nicht an. Hat das Schiedsgericht die Norm der öffentlichen Ordnung nicht beachtet, so ist dieser Verstoß als solcher kein Aufhebungsgrund im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Bei § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO kommt es allein darauf an, ob der Inhalt des Tenors des Schiedsspruches anerkannt werden kann. Maßgeblich ist also die Verpflichtung, die im Schiedsspruch ausgesprochen wird. Ihre Anerkennung darf nicht gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Das wäre der Fall, wenn eine Partei zu einer Leistung verurteilt wird, die ihr durch Vertrag nicht auferlegt werden kann oder wenn der Schiedsspruch offensichtlich auf einem Verfahren aufbaut, das in seinen Grundlagen gegen die guten Sitten verstößt²⁾.

b) Der Begriff der "Öffentlichen Ordnung"

Für die Bestimmung des Sittenverstoßes gilt nach wie vor noch die Reichsgerichtsdefinition: da-

- 1) BGH GRUR 1969, S. 501 "Fruchtsäfte"; BGH NJW 1972, S. 2180; BGH GRUR 1967, S. 378 (381) "Schweißbolzen".
- 2) GLOSSNER, S. 112; SCHÖNKE, S. 227, 228; SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 III 2 a. "Es kommt nicht darauf an, ob das Schiedsgericht Normen, die zum ordre public gehören, falsch angewandt hat". KORNBLUM, Nachprüfbarkeit S. 1793 (1797).

nach liegt dann ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, wenn die Anerkennung der Entscheidung mit dem Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden im Widerspruch steht. Hierfür ist entscheidend das in der Übung zutage getretene Empfinden des Volkes, gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab¹⁾. Auch eine Umschreibung des Begriffs der öffentlichen Ordnung beruht auf der Definition des Reichsgerichts. So wird eine Anerkennung im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO gegen die öffentliche Ordnung verstoßen, wenn sie einen besonders schweren Verstoß gegen allgemein anerkannte Sätze des materiellen oder des Verfahrensrechtes darstellt. Dieser müßte geeignet sein, das Vertrauen weiter Kreise auf Rechtssicherheit und Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens im einzelnen Fall zu erschüttern²⁾. Die Anerkennung müßte Normen verletzen, die die Grundlage des deutschen staatlichen und wirtschaftlichen Lebens in zwingender, dem Parteibelieben entzogenerweise regeln, und nicht auf bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhen³⁾.

Eine bloße Verletzung zwingender Normen genügt dagegen nicht. Denn wenn der Staat mit der Schiedsgerichtsbarkeit eine nichtstaatliche Rechtssprechung Privater zuläßt, kann er auch grundsätzlich unrichtige Schiedssprüche hinnehmen, egal, ob sie auf einer falschen Anwendung nachgiebigen oder zwingenden Rechts beruhen⁴⁾. Es ist also jeweils auf den Inhalt und die Bedeutung des in Betracht kommenden Gesetzes abzustellen. Letztlich ist es nicht einmal die Norm selbst, die den ordre public bildet oder zu ihm gehört, sondern die in ihr zum Ausdruck kommenden

1) RG 80, S. 221.

2) Kammergericht JW 1935, S. 59.

3) SCHWAB, S. 177; SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 III 2 a.

4) So SCHÖNKE, S. 228; SCHWAB, S. 177.

Wertungen und Werte. Zwar wird es immer wieder darauf hinauslaufen zu sagen, die Norm XY gehört zum deutschen ordre public, weil diese Handhabung die Prüfung im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 oder auch bei § 1044 ZPO praktikabler macht. Letztlich wird aber bei § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nach überpositiven, rechtlichen Grundwerten, Rechtsprinzipien und Gerechtigkeitspostulaten gefragt¹⁾.

c) GWB als Teil der öffentlichen Ordnung

Bei wettbewerbsrelevanten Streitigkeiten wird es im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 also auf folgendes ankommen: Verstößt die Anerkennung der im Schiedsspruch erfolgten Verpflichtung beispielsweise zur Leistung, Handlung, Duldung, Unterlassung gegen wettbewerbsrechtliche Normen, in denen sich Wertungen des deutschen ordre publics widerspiegeln? Es kommt also nicht darauf an, ob das Schiedsgericht Wettbewerbsnormen mißachtet hat, die zum ordre public gehören oder ob der zum Streit führende Hauptvertrag gegen kartellrechtliche Vorschriften verstößt²⁾. Hiergegen wird eingewandt, daß bei dieser restriktiven Auslegung der ordre public-Kontrolle die Anerkennung von Schiedssprüchen wegen Kartellrechtswidrigkeiten selten versagt würde. Die Kontrollgerichte müßten auf den Einzelfall abstellen, ob die wirtschaftspolitische Zielsetzung der Kartellgesetzgebung wirklich gefährdet wird³⁾. Aber nur ein solches Vorgehen wird durch die Konzeption der schiedsgerichtlichen Kontrolle gerechtfertigt. Der § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist eben keine zweite Instanz für Schiedsgerichtsentscheidungen.

1) ROTH, S. 28.

2) LUTZ GRUR 1969, S. 505 als Anmerkung zum BGH GRUR 1969, S. 501 "Fruchtsäfte".

3) ALTENMÜLLER, S. 253.

Für die Versagung der Anerkennung ist maßgeblich, ob die betreffende GWB-Norm Ausdruck des deutschen ordre public ist. Es ist also entsprechend dem Ziel des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO jeweils eine Einzelabwägung erforderlich.

Dagegen wird vertreten, daß das GWB als ganzes Teil des deutschen ordre public sei. Dies wird zum Teil aus § 98 Abs. 2 GWB gefolgert. § 98 Abs. 2 sei als Sonderanknüpfung selbst Teil des ordre public¹⁾. Damit würde unter den Voraussetzungen des § 98 Abs. 2 GWB das gesamte GWB Bestandteil des deutschen ordre public. Verstieße die Anerkennung des Schiedsspruches gegen das GWB, müsse eine Einzelabwägung entfallen²⁾.

Dem ist zu widersprechen. Der ordre public umfaßt lediglich gewisse Grundsätze, die positiven Bestimmung zugrundeliegen, aber nicht die positiven Bestimmungen selbst³⁾.

1) REHBINDER, S. 277 Fn. 84.

2) So wohl auch SCHWARTZ, S. 218; auch SCHWARTZ "Kontrolle", S. 296 (301).

3) Vgl. zu ersatzweisen Anwendung deutschen Rechts anstelle von vereinbartem ausländischen Recht: GOLDSCHMIDT, S. 213, 214; NEUMAYER, S. 191; RÜTHER, S. 174: die deutschen Bestimmungen könnten nur dann zum Zuge kommen, wenn vorher nachgewiesen worden ist, daß diejenigen des an sich maßgeblichen ausländischen Rechts den oben angeführten Grundsätzen in unerträglicher Weise widersprechen.

Des weiteren wird auch ein spezieller schiedsrechtlicher ordre public angenommen, zu dem das GWB als Ganzes gehöre¹⁾. Dieser schiedsrichterliche ordre public sei so auszulegen, daß eine Anerkennung des Schiedsspruches dann ausscheide, wenn der Schiedsspruch Grenzen der autonomen Gestaltungsfreiheit überschreiten würde. Ein Ergebnis, das die Parteien aufgrund von Vereinbarungen im ordentlichen Gerichtsverfahren nicht erreichen könnten, soll auch nicht über Schiedsverfahren und deren staatliche Anerkennung erreicht werden können. Der ordre public soll die Privatautonomie beschränken und staatlicher Kontrolle zugänglich machen. Da das Kartellrecht wegen seiner öffentlich-rechtlichen Wurzeln der Privatautonomie nicht unterliege, gehörten alle zwingenden Normen des GWB zum ordre public²⁾.

- 1) So ALTENMÜLLER, S. 283; das GWB wird auch von der Rechtsprechung als Bestandteil des ordre public angesehen: BGH GRUR 1966, S. 576 "Zimco-fot": Verbote des GWB seien im Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Wettbewerbs erlassen worden und damit Bestandteil der öffentlichen Ordnung; dito. BGH GRUR 1967, S. 378 "Schweißbolzen"; in einem obiter dictum andeutend BGHZ 30, S. 89 "Flußplatz", der dies für die Kartellbestimmung der Militärregierung bejaht, insbesondere von Militärregierungsgesetz 56 und Militärregierungsverordnung 78; KG WuW/E OLG 161: das GWB enthalte die Grundregeln des deutschen Wirtschaftsrechts; OLG Celle WuW/E OLG 244; SCHWAB, S. 179 bezüglich zwingender Normen des GWB, da hierdurch das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung des Wettbewerbsrechts geschützt werde.
- 2) ALTENMÜLLER, S. 279 ff.

Ein solcher gesonderter schiedsrichterlicher ordre public ist mit dem Begriff des ordre public im Rahmen des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht vereinbar. Eine Rechtsordnung kann sich nur e i n e Vorstellung von öffentlicher Ordnung zu eigen machen als Grenze dessen, was sie aufgrund von nicht eigenen Rechtsakten akzeptiert. Eine unterschiedliche deutsche öffentliche Ordnung, nämlich eine privatrechtliche und eine schiedsrichterliche, ist nicht vertretbar. Sie würde zu einer Relativierung des rechtsethischen Gehaltes dieses Instituts führen¹⁾. Schon aus dem hier vertretenen Verständnis der ordre public-Kontrolle durch § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO folgt eine Ablehnung einer pauschalen Einordnung von Gesetzen zum deutschen ordre public. So enthalten nicht alle Normen des GWB elementare deutsche Gerechtigkeitsvorstellungen. Es ist daher nicht nur auf Inhalt und Bedeutung des ganzen Gesetzes, sondern der einzelnen betroffenen Norm abzustellen²⁾. Inwieweit den einzelnen Vorschriften des GWB gleiche Wertigkeiten zugrundeliegen, soll hier nicht weiter behandelt werden. Ob dies für alle zwingenden Verbotsnormen gilt³⁾, Verbotsnormen mit Erlaubnisvorbehalt⁴⁾, ob für alle Mißbrauchstatbestände oder nur für solche,

1) RÜTHER, S. 174.

2) V. BRUNN "Nachprüfbarkeit" S. 823, lehnt Einordnung des GWB als Ganzes zum ordre public deshalb ab, da Bagatellkartelle zum Teil durch das Bundeswirtschaftsministerium zugelassen würden und damit Prinzipien des GWB durchbrochen würden. Ein löchriges Prinzip als Ganzes könne aber nicht Gegenstand des ordre public sein.

3) BGH GRUR 1956 S. 576 "Zimcofot"; BGH GRUR 1967, S. 378 "Schweißbolzen"; SCHMIDT in Immenga/Mestmäcker § 91 Rdnr. 46.

4) BELKE AWD 1969, S. 218.

bei denen Verbotsverfügungen ergehen können, ob reine Verfahrensvorschriften unter den ordre public fallen¹⁾, wird das gemäß § 1041 Abs. 1 Nr. 2 prüfende Gericht im Einzelfall entscheiden müssen²⁾.

II. Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 ZPO

1. Ausländischer Schiedsspruch

Voraussetzung für die Vollstreckbarerklärung gemäß § 1044 ZPO ist ein ausländischer Schiedsspruch. Ein Schiedsspruch ist, wie schon mehrfach gesehen, dann als ausländischer anzusehen, wenn das Schiedsverfahrensrecht ein ausländisches ist³⁾. Er unterliegt auch dann, wenn der streitige Hauptvertrag nach materiellem deutschem Recht beurteilt werden soll, das Schiedsverfahren aber nicht nach deutschem Recht, als ausländischer Schiedsspruch der Kontrolle des § 1044 ZPO und nicht der Kontrolle der §§ 1042, 1041 ZPO.

1) Dagegen BELKE aaO.

2) In diesem Sinn auch VOLLMER, S. 432; KORNBLUM/v. HEYMANN, S. 1461; SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1041 III 2 a, der auch innerhalb einer Norm differenzieren will, ob sie eventuell im Randbereich nicht zum ordre public gehört; STEINDORFF, S. 198; BGHZ 30, S. 89 "Flugplatz"; KROITZSCH, S. 389, der ausdrücklich die §§ 1, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22 Abs. 4, 25, 26, 27 GWB nennt.

3) SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit S. 222.

2. Verbindlichkeit

Gegen den Schiedsspruch darf weder ein Rechtsweg an eine höhere schiedsrichterliche Instanz noch ein Rechtsmittel oder Rechtsbehelf an ein staatliches Gericht möglich sein. Hierbei ist die Möglichkeit der Aufhebungsklage im Ausland bedeutungslos. Wenn ein solches Verfahren schwebte, kann das deutsche Gericht allenfalls nach § 148 ZPO aussetzen. Der Beweis für die Verbindlichkeit ist meist nur durch ausländische Vollstreckbarerklärung zu erbringen¹⁾.

3. Rechtsunwirksamkeit des Schiedsspruches nach § 1044 Abs. 2 Nr. 1

In welcher Form das GWB bei der Unwirksamkeit des ausländischen Schiedsspruches von Bedeutung sein kann, hängt von seiner Anwendbarkeit bei § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ab. Gemäß § 1044 Abs. 2 Nr. 1 2. Halbs. ZPO wird der Schiedsspruch vorbehaltlich einer anderen Regelung in Staatsverträgen nach dem Recht beurteilt, das auch für das Schiedsverfahrensrecht maßgeblich ist. Dennoch würde der Schiedsspruch nur am GWB gemessen, wenn auch deutsches Schiedsverfahrensrecht anzuwenden ist. Sobald deutsches Schiedsverfahrensrecht anwendbar ist, handelt es sich aber, wie wir bereits oben gesehen haben, nicht mehr um einen ausländischen Schiedsspruch im Sinne des § 1044 ZPO²⁾.

Bei einem ausländischen Schiedsspruch gehören anwendbares Schiedsverfahrensrecht und das auf den Schiedsspruch anwendbare Recht zur selben ausländischen Rechtsordnung.

1) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1044 III 2.

2) Denn die Frage, ob inländischer oder ausländischer Schiedsspruch, hängt ausschließlich vom lex processuale ab s.o. B I 2. e) bb).

Als Beispiel soll das Urteil eines Schiedsgerichts dienen, das schweizerisches Schiedsverfahrensrecht angewendet hat. Da das Schiedsverfahrensrecht schweizerisches, also ausländisches ist, handelt es sich um einen ausländischen Schiedsspruch, der unter § 1044 ZPO fällt.

Gemäß § 1044 ZPO ist der Schiedsspruch dann ebenfalls an schweizerischem Recht zu messen. Es wären also die im schweizerischen Recht bestehenden Anfechtungsgründe oder Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Schiedsspruches zu prüfen. Kann das GWB dabei noch relevant werden? Es kann unter zwei Prämissen relevant werden:

1. Wenn das schweizerische Recht für den Schiedsspruch eine wirksame Schiedsvereinbarung voraussetzt und
2. der Schiedsvertrag nach deutschem materiellem Recht zu beurteilen ist¹⁾.

Der Richter muß in einem solchen Fall differenzieren²⁾. Sagt das nach § 1044 Abs. 2 Nr. 1 2. Halbs. ZPO anwendbare Recht: "Schiedsspruch unwirksam, falls Schiedsvertrag unwirksam", und ist der Schiedsvertrag nach deutschem Recht zu beurteilen, dann ist das GWB und zwar besonders wegen § 91 wieder relevant! Das GWB kann also dann auch bei § 1044 ZPO von Bedeutung sein, wenn das Schiedsverfahren und der

1) Dies ist ohne weiteres kraft Parteivereinbarung möglich; der Schiedsvertrag kann von einem Recht bestimmt werden, das nicht mit dem Schiedsverfahrensrecht und damit auch nicht mit dem Recht identisch, an dem der Schiedsspruch gemessen wird.

2) So wohl auch SCHLOSSER zu verstehen: in Stein/Jonas § 1044 III B.1.

Schiedsvertrag unterschiedlichem Recht unterstehen¹⁾.

Der § 1044 ZPO stellt also das Erfordernis der Gültigkeit des Schiedsvertrages nicht selbständig auf. Der Schiedsvertrag ist im Rahmen des § 1044 Abs. 2 Nr. 1 ZPO unselbständig anzuknüpfen. Es kann daher dazu kommen, daß dieselbe Vereinbarung zum Beispiel im Verfahren der Einrede des Schiedsvertrages als ungültig eingestuft wird²⁾, der auf ihrer Grundlage ergangene Schiedsspruch aber anerkannt werden muß. Dies kann gegebenenfalls zu einem Wettlauf beider Verfahren führen.

Außerdem kann es wegen der in internationalen Übereinkommen enthaltenen Meistbegünstigungsklauseln über § 1044 ZPO zur Anerkennung von Schiedssprüchen kommen, die zum Beispiel im Rahmen des UN-Übereinkommens wegen Fehlens eines wirksamen Schiedsvertrages nicht anzuerkennen wären³⁾.

4. Rechtsunwirksamkeit des Schiedsspruches nach
§ 1044 Abs. 2 Nr. 2

Für die ordre public-Kontrolle gemäß § 1044 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gilt uneingeschränkt das zu § 1041 Abs. 1 Nr. 2 Gesagte. Es kommt darauf an, ob die

1) So auch SCHLOSSER aaO Rdnr. 674.

2) Etwa nach deutschem Recht wegen Verstoßes gegen § 91 GWB.

3) SCHLOSSER Rdnr. 674.

Anerkennung der im Schiedsspruch erfolgten Verpflichtung beispielsweise zur Leistung, Handlung, Duldung oder Unterlassung gegen Wettbewerbsnormen verstößt, in denen sich Wertungen des deutschen ordre public widerspiegeln. Es ist also jeweils für die in Betracht kommende GWB-Norm eine Einzelabwägung erforderlich. Zum Teil wird vertreten, daß der Begriff des ordre public hier enger sei als bei § 1041 ZPO. Bei ausländischen Schiedssprüchen sei ein höheres Maß von Abweichungen gegenüber Normen und rechtsethischen Prinzipien zu tolerieren. Da ausländische Schiedsverfahren in der Regel eine Alternative zu ausländischer Gerichtsbarkeit sind, solle der ordre public Vorbehalt gegen ausländische Schiedssprüche erst dann eingreifen, wenn man auch ein mit dem gleichen Fehler behaftetes ausländisches Gerichtsurteil nicht anerkennen würde. Daher sei eine Unterscheidung zwischen einem ordre public intern und einem ordre public international empfehlenswert¹⁾.

Eine solche Auffassung ist jedoch abzulehnen. Da die Einordnung eines Schiedsspruches als ausländischer oder als inländischer ausschließlich von dem von den Parteien gewählten Verfahrensrecht abhängt, und über den internationalen Bezug der Streitigkeit nur bedingte Aussagekraft hat, sollten im Rahmen der ordre public-Kontrolle bei § 1041 und § 1044 ZPO keine unterschiedlichen Maßstäbe angelegt werden³⁾. Für die Anerkennung kartellrechtlich relevanter ausländischer Schiedssprüche gilt daher die für § 1041 ZPO vorzunehmende Einzelerwägung im Rahmen des ordre public unter den gleichen Anforderungen auch im Rahmen des § 1044 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.

1) Siehe oben C I 4.

2) SCHLOSSER in Stein/Jonas § 1044 III B 2 a.

3) Vgl. statt vieler SCHWAB S. 226.

LEBENS LAUF

Am 12. Dezember 1958 wurde ich, Hanns-Nikolaus Lorenz als Sohn und zweites Kind des Rechtsanwaltes Dr. Hanns Lorenz und seiner Ehefrau Marianne Lorenz geb. Wiedemann in Dortmund geboren.

Nach vierjähriger Volksschulzeit von 1964 bis 1968 besuchte ich das altsprachliche städtische Gymnasium in Dortmund, an dem ich 1977 meine Reifeprüfung ablegte.

Anschließend nahm ich zum Wintersemester 1977/78 das Studium der Rechtswissenschaft an der Albert-Ludwig-Universität zu Freiburg auf. Von dort wechselte ich im Sommersemester 1980 an die Westfälische Wilhelms-Universität nach Münster. Im Juni 1983 schloß ich mein Studium mit der ersten juristischen Staatsprüfung am OLG Hamm ab.

Von November 1983 bis September 1984 schrieb ich bei Professor Dr. Otto Sandrock am Institut für internationales und ausländisches Privat- und Wirtschaftsrecht in Münster meine Dissertation auf den Gebieten des Wettbewerbs- und Schiedsverfahrensrechts und war während dieser Zeit als Korrekturassistent an der Wilhelms-Universität beschäftigt.

Seit dem 1. September 1984 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdiens am Hanseatischen OLG Hamburg.

